يُطبع لأوّل مرّة

معراج الدراية في شرح الهداية

للإمام برهان الدين المرغيناني

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه قوام الدين الكاكي الحنفي

المتوفى سنة ٧٤٩ هجرية

اعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية / كلية الشريعة - جامعة بيروت الإسلامية

المجلد السابع

المحتوى:

الصلح - المضاربة - الوديعة - العارية - الهبة - الإجارات - المكاتب - الولاء - الإكراه - الحجر - المأذون - الغصب - الشفعة - القسمة - المزارعة - المساقاة - الذبائح

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
DKi
بيروت - لبنان

معراج الدراية في شرح الهداية

للإمام برهان الدين المرغيناني

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه قوام الدين الكاكي الحنفي

المتوفى سنة ٧٤٩ هجرية

اعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية / كلية الشريعة - جامعة بيروت الإسلامية

يطبع لأول مرة

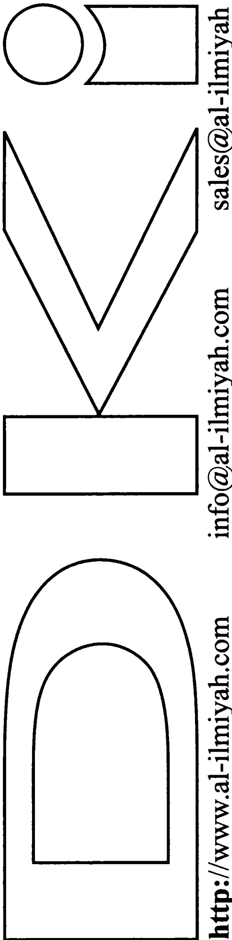
الجزء السابع

المحتوى:

الصلح - المضاربة - الوديعة - العارية - الهبة - الإجارات - المكاتب - الولاء - الإكراه - الحجر - المأذون - الغصب - الشفعة - القسمة - المزارعة - المساقاة - الذبائح



دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



الكتاب: معراج الدراية في شرح الهداية

Title: MI'RĀJ AD-DIRĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA

التصنيف: فقه

Classification: Jurisprudence

المؤلف: الإمام قِوام الدين الكاكي (ت ٧٤٩ هـ)

Author: Al-Imam Qiwam Al-Din Al-Kaki (D. 749 H.)

المحقق: عبدالحفيظ محمد علي بيضون

Editor: Abdulhafiz Mohammed Ali Baydoun

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

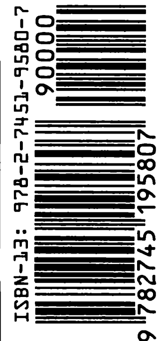
Pages	(8Parts/8Vols.) 7680 (٨أجزاء/٨مجلدات)	عدد الصفحات
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2023 A.D. - 1444 H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon لبنان	بلد الطباعة
Edition	1st (2 Colors) الأولى (لونان)	الطبعة

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الصُّلْحِ

قَالَ: (الصُّلْحُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ: صُلْحٌ مَعَ إِقْرَارٍ، وَصُلْحٌ مَعَ سُكُوتٍ: وَهُوَ أَنْ لَا يُقِرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَلَا يُنْكِرَ، وَصُلْحٌ مَعَ إِنْكَارٍ، وَكُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ) لِإِطْلَاقِ قَوْله

كِتَابُ الصُّلْحِ

وقد بينا وجه مناسبة الصلح بالإقرار والدعوى في أول الإقرار، ثم لا حاجة إلى بيان محاسن الصلح إذ الصلح اسم للمصالحة وهو حسن بذاته؛ لأنها خلاف المخاصمة، والمخاصمة قبيح لذاته، ثم يحتاج إلى بيان الصلح لغةً، وشريعةً، وركنه، وسببه، وحكمه.

فالصلح: اسم لغة للمصالحة التي هي المسالمة، وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال.

وشرعًا: عبارة عن عقد يرفع النزاع.

وركنه: الإيجاب والقبول.

وسببه: ما هو سبب في سائر المعاملات وهو تعلق بقاء المقدور بتعاطيه.

وشرطه: كون المُصالَحِ عنه حقًّا يجوز الاعتياض عنه كالقصاص، بخلاف ما إذا كان حقًّا لا يجوز الاعتياض عنه؛ كحق الشفعة، والكفالة بالنفس، فلا يجوز الصلح عنه.

وكون بدل الصلح مالًا معلومًا إن احتيج إلى قبضه، وإلا لا يشترط معلوميته؛ فإن من ادعى حقًّا في دار، وادعى المدعي عليه حقًّا في حانوته [٢/٢٧٤/أ] فتصالحا على أن يترك كل واحد منهما دعواه قِبَلَ صاحبه صح وإن لم يبين كل واحد حقه؛ لأن جهالة الساقط لا تفضي إلى المنازعة.

تَعَالَى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ﴾ [النساء: ١٢٨] وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كُلُّ صُلْحٍ جَائِزٌ

وحكمه: وقوع البراءة عن دعوى المدعي.

وأنواعه: مذكورة في الكتاب.

وجوازه: بقوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ﴾ [النساء:١٢٨]، وقال تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ٱقۡتَتَلُواْ فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَاۖ﴾ [الحجرات:٩]، والحديث المذكور في المتن رواه أبو هريرة، والترمذي وقال: هذا حديث حسن صحيح.

وما روي: "أن النبي ﷺ صالح أهل مكة عام الحديبية"[(١)]، وانعقد الإجماع على جوازه.

فإن قيل: قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ﴾ لا يدل على تعميم الصلح؛ لأن الآية سيقت في الصلح بين الزوجين بدليل سياق الآية ﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضٗا﴾ [النساء:١٢٨] الآية، ثم قال ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ﴾، فيكون الألف واللام للمعهود المذكور، كما في قوله: ﴿فَعَصَىٰ فِرۡعَوۡنُ ٱلرَّسُولَ﴾ [المزمل:١٦]؛ لأن المنكر إذا أعيدت معرفة كان الثاني عين الأول.

قلنا: قيل في جوابه في الأسرار: إن قوله ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ﴾ كلام مستقل بذاته فلا يربط بسببه، ولأنه تعالى أخرجه مخرج التعليل من الصلح المشروع قبله، أي: صالحوا لأن الصلح خير، والعلة لا تتقيد بمحل الحكم الذي علل فيه، بل متى وجدت ثبت حكمها.

يؤيده قوله: «**الصُّلحُ جائِزٌ بينَ المُسلِمين**»، الحديث، ولأنه لو حمل على الجنس يدخل المعهود وغيره، ولو حمل على المعهود يقتصر عليه فكان حمله على الجنس أولى بدليل عموم الحديث.

ثم الصلح عن الإقرار والإنكار والسكوت جائز عندنا، وبه قال مالك[(٢)]، وأحمد[(٣)]، وقال الشافعي: لا يجوز إلا مع الإقرار لما روينا[(٤)]، وهو قوله عليه

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٩٣ رقم ٢٧٣١) عن المُسوَّر بن مخرمة، ومروان بن الحكم رضي الله عنهما.
(٢) انظر: المُدوّنة لابن القاسم (٣/ ٣٨٧)، والذخيرة للقرافي (٥/ ٣٣٤).
(٣) انظر: مختصر الخرقي (ص ٧٣)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٣٧٥).
(٤) انظر: الأم للشافعي (٣/ ٢٢٦)، والإقناع للماوردي (ص ١٠٦).

فِيمَا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا» وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ مَعَ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ لِمَا رَوَيْنَا، وَهَذَا بِهَذِهِ الصِّفَةِ، لِأَنَّ الْبَدَلَ كَانَ حَلَالًا عَلَى الدَّافِعِ حَرَامًا عَلَى الآخِذِ فَيَنْقَلِبُ الأَمْرُ، وَلِأَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَدْفَعُ الْمَالَ لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ وَهَذَا رِشْوَةٌ. وَلَنَا: مَا تَلَوْنَا، وَأَوَّلُ مَا رَوَيْنَا، وَتَأْوِيلُ آخِرِهِ، أَحَلَّ حَرَامًا

السلام: «**إلا صُلحًا أحلَّ حرامًا، أو حرَّمَ حلالًا**»[1].

(وهذا)، أي: الصلح على الإنكار بهذه الصفة؛ لأن المدعي إن كان محقًّا كأن أخذ المدعى به حلالًا قبل الصلح، وحرامًا بعده. وإن كان مبطلًا كأن أخذ المال على الدعوى الباطلة حرامًا عليه قبل الصلح، وحل بالصلح، فكان هذا صلحًا أحل حرامًا.

ولأن الصلح بهذه الصفة دفع رشوة؛ لأن المدعى عليه يدفعه المال لشره وخصومته ويكون رشوة، وقد لعن الشارع الراشي والمرتشي[2]؛ بخلاف الصلح عن الإقرار فإنه لا يكون فيه ذلك.

(ولنا ما تلونا) من الآية والحديث؛ فإن كل واحد بإطلاقه يتناول الصلح على الإنكار والسكوت، فالتقييد بحالة الإقرار يكون زيادة على النص.

(وتأويل آخره)، أي: آخر الحديث: «**أحلَّ حرامًا**» لعينه؛ كالخمر، أو حلالًا بعينه كالصلح مع امرأته ألا يطأ ضرتها، أو أمته، وهذا النوع من الصلح باطل عندنا، وذلك لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه، وكذا الحلال المطلق، فحمله على هذا أولى.

وما ذكره غير محتمل إذ الصلح مع الإقرار لا يخلو عن ذلك؛ لأن الصلح في العادة يقع على بعض الحق، فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان

---

(١) تقدم تخريجه في المتن.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٠ رقم ٣٥٨٠)، والترمذي (٣/ ١٦ رقم ١٣٣٧)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٥ رقم ٢٣١٣)، والحاكم (٤/ ١٠٢) عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

لِعَيْنِهِ كَالخَمْرِ، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا لِعَيْنِهِ، كَالصُّلْحِ عَلَى أَنْ لَا يَطَأَ الضَّرَّةَ، وَلِأَنَّ هَذَا صُلْحٌ بَعْدَ دَعْوَى صَحِيحَةٍ فَيُقْضَى بِجَوَازِهِ، لِأَنَّ المُدَّعِيَ يَأْخُذُهُ عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ فِي زَعْمِهِ وَهَذَا مَشْرُوعٌ، وَالمُدَّعَى عَلَيْهِ يَدْفَعُهُ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ عَنْ نَفْسِهِ، وَهَذَا مَشْرُوعٌ أَيْضًا، إِذْ المَالُ وِقَايَةُ الأَنْفُسِ وَدَفْعُ الرِّشْوَةِ لِدَفْعِ الظُّلْمِ أَمْرٌ جَائِزٌ.

حلالًا للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح، وكان حرامًا على المدعى عليه منعه قبل الصلح وحل بالصلح، فعرف أن المراد به غير هذا، إليه أشار في المبسوط(١)، وفيه نوع تأمل.

قوله: (ولأن هذا)، أي: الصلح على الإنكار صلح بعد دعوى صحيحة ولهذا يستحلف المدعى عليه فيجوز؛ لأن المدعي يأخذه عوضًا عن حقه الثابت في زعمه وهو مشروع، والمدعى عليه يعطيه قطعًا للمنازعة صيانة لعرضه، وبذل المال لمثل هذا الغرض مشروع؛ لأن المال خلق لصيانة الأنفس عن المهالك والمفاسد.

وإذا جاز الإعطاء والأخذ بناءً على غرضهما والصلح ليس إلا هذا، ولهذا قال أبو حنيفة: أجوز ما يكون الصلح، الصلح عن الإنكار؛ لأن معنى الصلح يتحقق فيه، وهو قطع الخصومة، ودفع أذى الشغب والمشاجرة، فكان معنى الصلح فيه أبلغ وأتم، فكان أحق بالجواز، والحاجة إلى هذا الصلح أَمَسُّ أيضًا؛ لأن الناس يحتاجون إلى الصلح على الإنكار لقطع المنازعة، ولهذا قال الشيخ أبو منصور الماتريدي رحمه الله: لم يعمل الشيطان في إيقاع العداوة والبغضاء بين الناس مثل من عمل في إبطال الصلح على الإنكار؛ لما فيه من امتداد المنازعات بين الناس، كذا في المحيط(٢).

قوله: (ودفع الرشوة لدفع الظلم جائز)، جواب عن قوله: (وهذا رشوة)، على أنَّا نقول: [٢/ ٢٧٤/ب] إنما يكون رشوة إذا أخذه بالجهة التي يدفعه الدافع، بل يأخذه بجهة الاعتياض عن حقه فلا يكون، ومن أبطل ذلك فإنما يبطله احتياطًا للتحرز عن الحرام والرشوة، والأعمال بالنيات، كذا في

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ١٣٤).
(٢) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٨/ ١٨٥).

قَالَ: (فَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَنْ إِقْرَارٍ، اعْتُبِرَ فِيهِ مَا يُعْتَبَرُ فِي البِيَاعَاتِ إِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ) لِوُجُودِ مَعْنَى البَيْعِ، وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ بِتَرَاضِيهِمَا (فَتَجْرِي فِيهِ الشُّفْعَةَ إِذَا كَانَ عَقَارًا، وَيُرَدُّ بِالعَيْبِ، وَيَثْبُتُ فِيهِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ، وَيُفْسِدُهُ جَهَالَةُ البَدَلِ) لِأَنَّهَا هِيَ المُفْضِيَةُ إِلَى المُنَازَعَةِ دُونَ جَهَالَةِ المَصَالِحِ عَنْهُ، لِأَنَّهُ يَسْقُطُ ....

المبسوط(١).

فإن قيل: قوله عليه السلام: «**لعنَ اللهُ الرّاشِيَ والمُرتشي**» عام يتناول هذه الصورة.

قلنا: الحديث محمول على ما إذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع، كما لو دفع الرشوة حتى يخرج الوالي أحد الورثة عن الإرث، أما دفع المال لدفع الضرر عن نفسه جائز للدافع كما ذكرنا أن المال خلق لصيانة الأنفس.

ونقل أبو الليث عن أبي يوسف جواز المصانعة للأوصياء في أموال اليتامى، وبه يفتى، وإليه أشار في كتاب الله تعالى: ﴿أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتۡ لِمَسَٰكِينَ يَعۡمَلُونَ فِي ٱلۡبَحۡرِ فَأَرَدتُّ أَنۡ أَعِيبَهَا﴾ [الكهف:٧٩]، أجاز التعييب في أموال اليتامى مخافة أخذ المتغلب، كذا في أحكام الصفار.

وفي المحيط: فلو رشى لدفع خوفه على نفسه، أو ماله، أو خوفًا على لسانه، أو أعطى ماله لشاعر لا بأس به، فهذه المواضع حل الإعطاء.

والرشوة أربعة أنواع، ثلاثة حرام: للآخذ والمعطي، والرابع: حلال للدافع لا للآخذ، وينظر فيه(٢).

قوله: (**ويفسده**)، أي الصلح.

(**جهالة البدل**)، أي: إذا كان يحتاج إلى القبض لإفضائها إلى المنازعة.

قوله: (**لأنه**)، أي: المصالح عنه، (**يسقط**)؛ كما يقول السفراء بين

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ١٣٩).

(٢) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٨/ ٣٥).

وَيُشْتَرَطُ القُدْرَةُ عَلَى تَسْلِيمِ البَدَلِ (وَإِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَنَافِعَ، يُعْتَبَرُ بِالإِجَارَاتِ) لِوُجُودِ مَعْنَى الإِجَارَةِ وَهُوَ تَمْلِيكُ المَنَافِعِ بِمَالٍ وَالِاعْتِبَارُ فِي العُقُودِ لِمَعَانِيهَا فَيُشْتَرَطُ التَّوْقِيتُ فِيهَا، وَيَبْطُلُ الصُّلْحُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا ....

المتخاصمين: كل دعوى لك على فلان صالحته على هذا المقدار، وبه قال مالك[١]، وأحمد[٢]، وقال الشافعي: تفسده جهالة المصالح عنه أيضًا كما في البيع إلا هذا[٣]، ولهذا قال أبو حنيفة: أجْوَرُ ما يكون الصلح، الصلح عن الإنكار لأن مَعنَى الصّلح يتحقق فيه وهو قطع الخصومة، ودفع أدنَى الشّغَب والمشاجرة، فكان معنى الصّلح فيه أبلَغُ وأتَمّ فكان أحقّ بالجواز والحاجة إلى هذا الصّلح أَمَسُّ أيضًا.

لأن الناس يحتاجون إلى الصّلح لقطع المنازعة، ولهذا قال الشيّخ أبو منصور الماتُريدي رَحِمَهُ اللَّهُ: لم يعمَل الشّيطان في إيقاع العداوة والغضاء بين الناس مثل من عَمِل في إبطال الصّلح على الإنكار لما فيه من امتداد المنازعات بين الناس. كذا في المحيط. ويشترط القدرة على تسليم البدل حتى صالح على عبد آبق لم يصح[٤].

قوله: (فيشترط التوقيت فيها)، حتى لو صالح على سكنى دار إلى مدة معلومة جاز، ولو قال: إلى الأبد، أو حتى يموت، لا يجوز.

قوله: (ويبطل الصلح بموت أحدهما)، أي: المدعي والمُدَّعَى عليه، وكذا يبطل بهلاك محلِّ المنفعة حتى لو صالح عن دعوى دار على سكنى، أو خدمة عبد سنةً، أو ركوب هذه الدابة إلى بغداد، أو لبس هذا الثوب شهرًا ثم مات المدعي أو المدّعىَ عليه، أو هلك محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح قياسًا، وهو قول محمد، فيعود على رأس الدعوى.

---

(١) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد (٥/ ٢٩٧).
(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٣٥٧)، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤/ ١٠٤).
(٣) وقع هناك تكرار جملة مقدار خمسة أسطر من الصفحة السابقة، وجاء في النسخة الثانية على الصواب.
(٤) انظر: الأم للشافعي (٧/ ١١٨).

فِي المُدَّةِ، لِأَنَّهُ إجَارَةٌ (وَالصُّلْحُ عَنْ السُّكُوتِ وَالإِنْكَارِ فِي حَقِّ المُدَّعَى عَلَيْهِ لِافْتِدَاءِ اليَمِينِ وَقَطْعِ الخُصُومَةِ وَفِي حَقِّ المُدَّعَى بِمَعْنَى المُعَاوَضَةِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَيَجُوزُ أَنْ يَخْتَلِفَ حُكْمُ العَقْدِ فِي حَقِّهِمَا، كَمَا يَخْتَلِفُ حُكْمُ الإِقَالَةِ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ وَغَيْرِهِمَا) وَهَذَا فِي الإِنْكَارِ ظَاهِرٌ، وَكَذَا فِي السُّكُوتِ، لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الإِقْرَارَ وَالجُحُودَ فَلَا يَثْبُتُ كَوْنُهُ عِوَضًا فِي حَقِّهِ بِالشَّكِّ.

ولو كان بعد استيفاء بعضها بطل بقدر ما بقي، ويرجع في دعواه بقدره؛ لأنه أجازه وهو يبطل بكل واحد من هذه الأشياء، وقال أبو يوسف: إن مات المدعى عليه لا يبطل الصلح ويستوفيه المدعي، وإن مات المدعي فكذلك في خدمة العبد، وسكنى الدار، والوارث يقوم مقامه، ويبطل في ركوب الدابة، ولبس الثوب؛ لأن الصلح لقطع المنازعة، وفي إبطال الصلح بموت أحدهما إعادة المنازعة بينهما والناس متفاوتون في الركوب واللبس فلا يقوم الوارث فيه مقام المورث للضرر الذي يلحق المالك فيفوت المعقود عليه فيبطل ضرورة.

فإن قيل: العبد أجنبي، أو المدعي يبطل الصلح كما تبطل الإجارة عند محمد، وعند أبي يوسف لا يبطل، ويؤخذ من القاتل قيمته ويُشترَى بها عبد آخر.

ثم المدعي إن شاء رضي بخدمته وإن شاء نقض الصلح؛ فإنه مات وأخلف بدلًا، والتخيير للتغيير.

ولو قتله المدعى عليه، أو مات بطل الصلح بالإجماع، ولو استأجره المالك لم يجز عند محمد كالمستأجر، وعند أبي يوسف يجوز.

قوله: **(كَمَا يَخْتَلِفُ حُكْمُ الإِقَالَةِ)**، فإنها فسخ في حق المتعاقدين، بَيعٌ في حق ثالث، وكذا الخلع معاوضةٌ من جانب المرأة، يمينٌ من جانب الزوج، وكذا الجهة الواحدة في تحري القوم عند اشتباه القبلة قبلة في حق شخص دون شخص، وحكم النكاح [٢/ ٢٧٥/أ] حِلٌّ في حق امرأته، تحريمٌ مؤبد في حق أم امرأته، وكمن اشترى عبدًا أقر بحريته فما يعطى من الثمن بدل ملك الرقبة في حق البائع، وفداء في حق المشتري حتى يعتق العبد وهو كثير النظير.

قوله: (بالشك)؛ لأن على تقدير الإقرار يكون عوضًا، وعلى تقدير الإنكار

قَالَ: (وَإِذَا صَالَحَ عَنْ دَارٍ، لَمْ يَجِبْ فِيهَا الشُّفْعَةُ) مَعْنَاهُ: إِذَا كَانَ عَنْ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ، لِأَنَّهُ يَأْخُذُهَا عَلَى أَصْلِ حَقِّهِ وَيَدْفَعُ المَالَ دَفْعًا لِخُصُومَةِ المُدَّعِي، وَزَعْمُ المُدَّعِي لَا يَلْزَمُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَى دَارٍ حَيْثُ يَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ، لِأَنَّ المُدَّعِيَ يَأْخُذُهَا عِوَضًا عَنْ المَالِ، فَكَانَ مُعَاوَضَةً فِي حَقِّهِ فَتَلْزَمُهُ الشُّفْعَةُ بِإِقْرَارِهِ وَإِنْ كَانَ المُدَّعَى عَلَيْهِ يُكَذِّبُهُ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ إِقْرَارٍ، وَاسْتَحَقَّ بَعْضَ المَصَالِحِ عَنْهُ رَجَعَ المُدَّعَى عَلَيْهِ بِحِصَّةِ ذَلِكَ مِن العِوَضِ) لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مُطْلَقَةٌ كَالبَيْعِ وَحُكْمِ الِاسْتِحْقَاقِ فِي البَيْعِ هَذَا: (وَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَنْ سُكُوتٍ أَوْ إِنْكَارٍ، فَاسْتَحَقَّ المُتَنَازَعَ فِيهِ رَجَعَ المُدَّعِي بِالخُصُومَةِ وَرَدَّ العِوَضَ) ....

لا يكون عوضًا، مع أن حمل السكوت على الإنكار أولى؛ لأن فيه تفريغ الذمة، وهو الأصل.

قوله: **(لأنه)**، أي: المدعى عليه يأخذ الدار.

(على أصل حقه)، أي: يستبقي الدار المملوكة له على نفسه بهذا الصلح ويدفع المال لقطع الخصومة لا أنه يشتريها، بخلاف ما لو صالح عنها بإقرار حيث تجب الشفعة؛ لأنه اعترف بالملك للمدعي واستفادة بالصلح فكانت مبادلة مالية.

قوله: **(بخلاف ما لو صالح على دار)** بإنكار، أو سكوت، أو إقرار.

قوله: **(وإن كان المدعى عليه يكذبه)**، فصار كأنه قال: اشتريتها من المدعى عليه وهو منكر، فتجب فيها الشفعة.

قوله: **(بحصة ذلك من العِوض)**، أي: بدل الصلح.

قوله: **(يرجع المدعي بالخصومة)**، أي: إلى المستحق؛ لأنه قام مقام المدعى عليه.

(ورد العِوض) إلى بدل الصلح؛ لأن الصلح مبني على زعم المدعي، وفي زعمه أنه أخذ العوض عوضًا عن الدار، فإذا استحقت كان عليه رد المقبوض من البدل؛ كالمبيع إذا استحق ولو كان مبنيًّا على زعم المدعى عليه، ففي زعمه

لِأَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَا بَذَلَ الْعِوَضَ إِلَّا لِيَدْفَعَ خُصُومَتَهُ عَنْ نَفْسِهِ، فَإِذَا ظَهَرَ الِاسْتِحْقَاقُ تَبَيَّنَ أَنْ لَا خُصُومَةَ لَهُ، فَيَبْقَى الْعِوَضُ فِي يَدِهِ غَيْرَ مُشْتَمِلٍ عَلَى غَرَضِهِ فَيَسْتَرِدُّهُ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضَ ذَلِكَ رَدَّ حِصَّتَهُ وَرَجَعَ بِالْخُصُومَةِ فِيهِ، لِأَنَّهُ خَلَا الْعِوَضُ فِي هَذَا الْقَدْرِ عَنْ الْغَرَضِ. وَلَوْ اسْتَحَقَّ الْمُصَالَحَ عَلَيْهِ عَنْ إِقْرَارٍ رَجَعَ بِكُلِّ الْمُصَالَحِ عَنْهُ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضَهُ رَجَعَ بِحِصَّتِهِ. وَإِنْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ رَجَعَ إِلَى الدَّعْوَى ....

أنه أعطى المال بغير حق وأن له حق الاسترداد، كذا في المبسوط[١].

قوله: (إلا ليدفع خصومته)، أي خصومة المدعي عن نفسه، وهذا بخلاف ما لو أعطى المدعي شيئًا للمدعى عليه بطريق الصلح ثم استحقت الدار، فإن المدعي لا يرجع على المدعى عليه بشيء؛ لأن في زعم المدعي أن ما دفع إليه ليس بواجب عليه لأني أخذت ملكي فكنت متبرعًا فيما أعطي، ولا رجوع فيه بسبب الاستحقاق.

أو لأن المدعَى عليه مضطر في مسألة الكتاب؛ لأنه يدفع لضرورة قطع الخصومة، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها، أما المدعي ليس بمضطر فيما أعطى لأنه على خبره في دعواه فكان الدفع باختياره، ولم يظهر عدم الاختيار عند ظهور الاستحقاق فلا يرجع بشيء.

قوله: (بعض ذلك)، أي: المصالح عنه وهو الدار التي في يد المدعى عليه.

(رد حصته)، أي: من بدل الصلح.

(ورجع بالخصومة فيه)، أي: في البعض المستحق على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه اعتبارًا للبعض بالكل.

قوله: (رجع إلى الدعوى)، أي: رجع المدعي إلى دعواه السابقة مع المدعى عليه.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ١٥٠).

فِي كُلِّهِ، أَوْ بِقَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ إِذَا اسْتَحَقَّ بَعْضَهُ، لِأَنَّ الْمُبْدَلَ فِيهِ هُوَ الدَّعْوَى، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مِنهُ عَلَى الإِنْكَارِ شَيْئًا حَيْثُ يَرْجِعُ بِالْمُدَّعَى، لِأَنَّ الإِقْدَامَ عَلَى الْبَيْعِ إِقْرَارٌ مِنهُ بِالحَقِّ لَهُ، وَلَا كَذَلِكَ الصُّلْحُ، لِأَنَّهُ قَدْ يَقَعُ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ، وَلَوْ هَلَكَ بَدَلُ الصُّلْحِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ: فَالجَوَابُ فِيهِ كَالجَوَابِ فِي الِاسْتِحْقَاقِ فِي الفَصْلَيْنِ.

قَالَ: (وَإِنْ ادَّعَى حَقًّا فِي دَارٍ وَلَمْ يُبَيِّنْهُ، فَصُولِحَ مِن ذَلِكَ ثُمَّ اسْتَحَقَّ بَعْضَ الدَّارِ، لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا مِن العِوَضِ، لِأَنَّ دَعْوَاهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِيمَا بَقِيَ) بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَحَقَّ كُلَّهُ، لِأَنَّهُ يَعْرَى العِوَضُ عِنْدَ ذَلِكَ عَنْ شَيْءٍ يُقَابِلُهُ فَيَرْجِعُ بِكُلِّهِ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ فِي البُيُوعِ. وَلَوْ ادَّعَى دَارًا فَصَالَحَهُ عَلَى قِطْعَةٍ مِنهَا ....

قوله: (بخلاف ما إذا باع منه)، صورته: صالح ذو اليد المنكر مع المدعي على عبد فقال: بعت منك هذا العبد بهذه الدار، يعني: أخرى، لفظ البيع في مقام الصلح، ثم استحق العبد حيث يرجع المدعي على المدعَى عليه بالدار لا بالدعوى.

(لأن الإقدام على البيع إقرار منه بالحق له)، أي: للمدعي، وبه قال الشافعي في الأصح، وقال أبو حامد من أصحابه: لا يكون إقرارًا.

قوله: (في الفصلين)، أي: الإقرار والإنكار.

قوله: (فصالح على قطعة منها)، أي: من الدار لم يصح، [وبه][1] قال الشافعي في وجه[2]، ومالك، وأحمد، وكذا لو صالحه على أن يبني فوقه، أو يبيت، أو يسكنها فعلى هذا الخلاف.

قيل: ما ذكره هنا غير جواب ظاهر الرواية حيث ذكر في الذخيرة: ادعى دارًا وأنكره ذو اليد، واصطلحا على بيت معلوم من دار أخرى يجوز، أو على بيت معلوم من الدار التي وقع فيها الدعوى فذلك الصلح جائز، وبه قال الشافعي في وجه؛ لأن في زعم المدعي أنه أخذ بعض حقه وترك البعض، وفي زعم المدعى عليه أنه فدى عن يمينه.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: الأم للشافعي (٣/ ٢٣٠).

لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ، لِأَنَّ مَا قَبَضَهُ مِن عَيْنِ حَقِّهِ وَهُوَ عَلَى دَعْوَاهُ فِي البَاقِي. وَالوَجْهُ فِيهِ أَحَدُ أَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَزِيدَ دِرْهَمًا فِي بَدَلِ الصُّلْحِ فَيَصِيرَ ذَلِكَ عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ فِيمَا بَقِيَ، أَوْ يَلْحَقَ بِهِ ذِكْرُ البَرَاءَةِ عَنْ دَعْوَى البَاقِي.

فَصْلٌ: [في بَيَانِ مَا يَجُوزُ عَنْهُ الصُّلْحُ، وَمَا لا يَجُوزُ]

فإذا جاز هذا الصلح هل تسمع دعوى المدعي وبينته في بقية الدار بعد ذلك؟ وفيما إذا وقع الصلح على بيت معلوم من هذه الدار؟ ذكر الإمام نجم الدين النسفي في شرح الكافي: تسمع، وذكر شيخ الإسلام: لا تسمع.

وجه من قال تسمع: أن المدعي استوفى بعض حقه وأبرأ عن الباقي، وإبراؤه لاقى عينًا، والإبراء في الأعيان باطل، فصار وجوده كعدمه.

وجه ظاهر الرواية: أن الإبراء لاقى عينًا ودعوى؛ فإن المدعي يدعي جميع الدار، والإبراء عن الدعوى صحيح، وإن كان عن العين لا يصح، فإن من قال لغيره: أبرأتك عن دعوى هذا العين يصح الإبراء، حتى لو ادعاه [٢/ ٢٧٥/ب] بعد ذلك لا تسمع دعواه.

قوله: (**والوجه فيه**)، أي: الحيلة في جواز هذا الصلح.

(**أو يلحق به**)، أي: بهذا الصلح ذكر البراءة عن دعوى الباقي، بأن قال المدعي: أبرأتك، أو برئت من دعوى هذه الدار، فيصح الإبراء؛ لأن الإبراء عن دعوى العين جائز، أما لو قال: أبرأتك من هذه الدار، أو من خصومتي في هذه الدار، فهذا الإبراء لا يصح، وله أن يخاصم بعد ذلك؛ لأن هذا إبراء عن ضمانها لا عن دعواها.

وعن هذا قالوا: إن عبدًا في يد رجل لو قال له آخر: برئت منه كان مبرأ منه، ولو قال: أبرأتك منه، كان له أن يدعيه، وإنما أبرأه من ضمانه، كذا في الذخيرة[١].

فَصْلٌ

لما ذكر مقدمات الصلح، وشرائطه، وأنواعه شرع في بيان ما يجوز منه،

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (١٠/ ٩)، والبحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٦١).

(وَالصُّلْحُ جَائِزٌ عَنْ دَعْوَى الأَمْوَالِ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى البَيْعِ عَلَى مَا مَرَّ. قَالَ: (وَالمَنَافِعِ) لِأَنَّهَا تُمْلَكُ بِعَقْدِ الإِجَارَةِ فَكَذَا بِالصُّلْحِ وَالأَصْلُ فِيهِ: أَنَّ الصُّلْحَ يَجِبُ حَمْلُهُ عَلَى أَقْرَبِ العُقُودِ إِلَيْهِ وَأَشْبَهِهَا بِهِ احْتِيَالًا، لِتَصْحِيحِ تَصَرُّفِ العَاقِدِ مَا أَمْكَنَ. قَالَ: (وَيَصِحُّ عَنْ جِنَايَةِ العَمْدِ وَالخَطَإِ) أَمَّا الأَوَّلُ: فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ

وما لا يجوز.

قوله: (**لأنه في معنى البيع**)، فما جاز بيعه جاز صلحه ولا خلاف فيه.

وقوله: (**والمنافع**) بالجَرِّ، أي: عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار، فجحده الوارث، أو أقرَّ به وصالحه على شيء جاز؛ لأن أخذ العوض عن المنافع جائز بالإجارة، فكذا بالصلح.

قوله: (**ويصح عن جناية العمد والخطأ**)، وكذا عن كل حق يجوز أخذ العوض عنه بلا خلاف.

(**أما الأول**)، أي: الصلح عن جناية العمد.

﴿فَمَنْ عُفِيَ﴾ [البقرة: ١٧٨]، أي: أعطي له من دم أخيه شيء، وذلك بطريق الصلح، كذا قاله ابن عباس.

وفي التيسير: للآية معنيان، أحدهما: ما قاله ابن عباس، والحسن، والضحاك: ﴿فَمَنْ عُفِيَ﴾، أي: أعطي له من دم أخيه بسهولة، وأريد به ولي القتيل.

﴿مِنْ أَخِيهِ﴾، أي: جهة المقتول شيء من المال بطريق الصلح، ويكره لأنه مجهول القدر؛ فإنه يقدر بما تراضيا عليه.

﴿فَٱتِّبَاعٌۢ﴾ بالمعروف، أي: فلولي القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح على حسن معاملة.

﴿وَأَدَآءٌ﴾، أي: على المصالح أداء إلى ولي القتيل بإحسان.

والثاني: ما قاله جماعة، وهو مروي عن عمر، وابن عباس: أن الآية في عفو بعض الأولياء، ويدل عليه قوله ﴿شَيْءٌ﴾ فإنه يراد به البعض.

وتقديره: فمن عُفِيَ عنه، وهو القاتل، من أخيه في الدين وهو المقتول،

أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ﴾ [البقرة: ١٧٨] الآيَةَ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ ﷺ: «إِنَّهَا نَزَلَتْ فِي الصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ» وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النِّكَاحِ، حَتَّى أَنَّ مَا صَلَحَ مُسَمًّى فِيهِ صَلَحَ هَاهُنَا، إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مُبَادَلَةُ المَالِ بِغَيْرِ المَالِ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَ فَسَادِ التَّسْمِيَةِ ....

شيء من القصاص، بأن كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم صار نصيب الباقين مالًا وهو الدية على حصصهم من الميراث، ﴿فَٱتِّبَاعٌۢ﴾ بالمعروف أي: فليتبع الذين لم يَعْفُ القاتل بطلب حصصهم بالمعروف، أي بقدر حقوقهم من غير زيادة.

﴿وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖ﴾، أي: وليؤد القاتل إلى غير العافي حقه وافيًا غير ناقص.

قوله: (وهو)، أي: الصلح بمنزلة النكاح.

في المبسوط: ما يصلح مهرًا يصلح بدلًا في الصلح؛ لأنه مال يستحق عوضًا عما ليس بمال بالعقد، ولهذا لا يبطل الصلح عن دم العمد بهلاك البدل، كما لا يبطل النكاح لأن الصلح عن دم العمد لا يحتمل الفسخ كالنكاح، بخلاف الصلح عن المال[1].

ولهذا لو صالحه عن القود على سكنى دار، أو خدمة عبد سنة جاز كما في النكاح.

فإن قيل: لو صالحه عن القود على أن عفا عن دم وجب عليه يجوز، ولو تزوجه على عفو عن القود لا يجوز.

قلنا: أسقط كل واحد حقه عما له من القود، وكل واحد منهما متقوم صالح للاعتياض عنه، فيجوز أن يجعل أحدهما عوضًا عن الآخر؛ لكونه متقومًا، بخلاف النكاح؛ فإن الشرط في المهر أن يكون مالًا، قال تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ [النساء:٢٤]، والقصاص ليس بمال، وفي القصاص الشرط أن يكون ما يستحق متقوّمًا، وذلك موجود في القصاص، ولهذا لو صالح عن القود على أقل من عشرة دراهم يجوز ولو سمى في النكاح لا يجوز.

قوله: (إلا أن عند فساد التسمية)؛ بأن صالح على ثوب، أو دابة غير معينين.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢١/ ١١).

هُنَا يُصَارُ إِلَى الدِّيَةِ، لِأَنَّهَا مُوجَبُ الدَّمِ. وَلَوْ صَالَحَ عَلَى خَمْرٍ لَا يَجِبُ شَيْءٌ، لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ بِمُطْلَقِ العَفْوِ.

وَفِي النِّكَاحِ يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ فِي الفَصْلَيْنِ، لِأَنَّهُ المُوجَبُ الأَصْلِيُّ، وَيَجِبُ مَعَ السُّكُوتِ عَنْهُ حُكْمًا، وَيَدْخُلُ فِي إِطْلَاقِ جَوَابِ الكِتَابِ الجِنَايَةَ فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَهَا، وَهَذَا بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَنْ حَقِّ الشُّفْعَةِ عَلَى مَالٍ، حَيْثُ لَا يَصِحُّ ....

(يصار إلى الدية)، أي: في مال القاتل، وهذا لأن الولي ما رضي بسقوط حقه مجانًا وقد صار مغرورًا من جهة القاتل بما سمى له فيرجع عليه ببدل ما سلم، وبدل النفس: الدية، ويجب في مال القاتل؛ لأنه وجب بعقده وكان عليه خاصة، كذا في المبسوط، والإيضاح(١).

قوله: (لأنه)، أي: المال.

(لا يجب بمطلق العفو)، فلا يكون من ضرورة الصلح عن القود وجوب المال؛ فإنه لو عفا ولم يسم مالًا يصح، فصار ذكر الخمر وعدمه سواء، يبقى مطلق العفو، وفي مطلق العفو لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر في الصلح.

(وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين)، أي: في فصل فساد [٢/ ٢٧٦/ أ] القسمة، وفي فصل تسمية الخمر.

(لأنه)، أي: مهر المثل الموجب الأصلي في النكاح بقوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ [النساء: ٢٤].

(ويجب)، أي: مهر المثل.

(مع السكوت)، أي: عن ذكر المهر حكمًا، أو شرعًا؛ لقوله: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾.

(في إطلاق جواب الكتاب)، أي: القدوري، وهو قوله: ويصح عن جناية العمد والخطأ.

قوله: (وهذا)، أي: الصلح عن القصاص بخلاف الصلح عن حق الشفعة

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٢١/ ١٣).

لِأَنَّهُ حَقُّ التَّمَلُّكِ، وَلَا حَقَّ فِي المَحَلِّ قَبْلَ التَّمَلُّكِ.

وَأَمَّا القِصَاصُ فَمِلْكُ المَحَلِّ فِي حَقِّ الفِعْلِ فَيَصِحُّ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ، وَإِذَا لَمْ

بمال حيث لا يجوز، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

مع أن كلاهما (**حق التملك**) ولا حق في المحل؛ فإن للشفيع أن يتملك، وللولي أن يقيم القتل، فقبل أن يقيم القتل. ولا حق في المحل، فقال:

(**أما القصاص فملك المحل**)، أي: المحل مملوكًا في حق إقامة الفعل قبل الفعل، فظهر الحق في المحل لملك الاعتياض.

إمّا ولَا حَقّ للشفيع في الدار المشتراة قبل أن يأخذها بالشفعة، بل له أن يتملك ملك الغير فكان قبل التملك لَا حَقَّ له في المحل فلا يصح الاعتياض، كذا في الإيضاح.

فإن قيل: لو قطع يمين [إنسان][1]، ثم قطع يمين آخر يجب القصاص للثاني كما يجب للأول، فلو ظهر أثر الاستحقاق في المحل لما وجب للثاني؛ لأن المحل صار مستحقًّا لشخص لا يصير مستحقًّا لآخر.

قلنا: المحل ما صار مملوكًا به على الإطلاق، بل صار مملوكًا له في حق الفعل الذي يقيمه فقط، وظهوره في حق فعل لا يدل على عدم ظهوره في حق فعل آخر.

وقيد الصلح عن الشفعة على مالٍ لأنه لو صالح حق الشفعة على أخذ نصف الدار يصح؛ لأنه ذكر في المبسوط: صلح الشفيع على ثلاثة أوجه: في وجه يصح، وهو أن يصالح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن.

وفي وجه: لا يصح ولا تبطل شفعته، وهو أن يصالح على أخذ بيت معين منها بحصته من الثمن لا يصح؛ لأن حصته مجهولة، ولا تبطل شفعته؛ لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الشفعة.

وفي وجه: لا يصح وتبطل شفعته، وهو أن يصالح على مال، فهاهنا تبطل شفعته لوجود الإعراض منه عن الأخذ بالشفعة، ولا يجب المال لأن ملك

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

يَصِحَّ الصُّلْحُ تَبْطُلُ الشُّفْعَةُ، لِأَنَّهَا تَبْطُلُ بِالإِعْرَاضِ وَالسُّكُوتِ، وَالكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ بِمَنْزِلَةِ حَقِّ الشُّفْعَةِ حَتَّى لَا يَجِبُ المَالُ بِالصُّلْحِ عَنْهُ، غَيْرَ أَنَّ فِي بُطْلَانِ الكَفَالَةِ رِوَايَتَيْنِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

وَأَمَّا الثَّانِي: وَهُوَ جِنَايَةُ الخَطَإِ، فَلِأَنَّ مُوجِبَهَا المَالُ فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ البَيْعِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا تَصِحُّ الزِّيَادَةُ عَلَى قَدْرِ الدِّيَةِ، لِأَنَّهُ مُقَدَّرٌ شَرْعًا، فَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُهُ فَتُرَدُّ الزِّيَادَةُ، بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَنْ القِصَاصِ، حَيْثُ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى قَدْرِ الدِّيَةِ، لِأَنَّ القِصَاصَ

المشتري في الدار لم يتغير بهذا الصلح، بل بقي على ما كان، ولا يجوز الاعتياض في حق الشفعة لما ذكرنا[1].

قوله: (والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة)، أي: في عدم جواز الكفالة.

صورته: صالح المكفول له الكفيل على شيء من المال على أن يخرجه من الكفالة، لا يَصِحّ الصلح، ولا نعلم فيه خلافًا.

قوله: (روايتين على ما عرف في موضعه)، ذكر في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة: تبطل، وهو رواية أبي حفص؛ لأن الإقدام على الصلح يتضمن البراءة عن الكفالة، والسقوط لا يتوقف على العوض، وإذا سقطت لا تعود، وبه يفتى.

وفي روايةِ أبي سليمان: لا تبطلُ الكفالة بالنفس لأنها وسيلة الوصول إلى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه فإذا رضي بسقوط حقه بعوض لم يسقط مجاناً، كذا في الإيضاح والذخيرة.

قوله: (إلا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية)، وفي المعنى هذا إذا كان ذلك الصلح منفردًا، أما إذا كان الصلح عن دم العمد متضمنًا بالصلح عن دم الخطأ يجوز وإن زاد بدل الصلح على قدر الديتين، كما لو صالح ولي قتيل العمد وولي قتيل الخطأ بمن قتل عمدًا، أو قتل آخر خطأً على أكثر من الديتين يجوز، ولصاحب الخطأ قدر الدية، وما بقي لصاحب العمد.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ١٦٣).

لَيْسَ بِمَالٍ وَإِنَّمَا يَتَقَوَّمُ بِالعَقْدِ، وَهَذَا إِذَا صَالَحَ عَلَى أَحَدِ مَقَادِيرِ الدِّيَةِ، أَمَّا إِذَا صَالَحَ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ جَازَ، لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ بِهَا، إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ القَبْضُ فِي المَجْلِسِ كَيْ لَا يَكُونَ افْتِرَاقًا عَنْ دَيْنٍ بِدَيْنٍ. وَلَوْ قَضَى القَاضِي بِأَحَدِ مَقَادِيرِهَا فَصَالَحَ عَلَى جِنْسٍ آخَرَ مِنهَا بِالزِّيَادَةِ جَازَ، لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ الحَقُّ بِالقَضَاءِ فَكَانَ مُبَادَلَةً، بِخِلَافِ الصُّلْحِ ابْتِدَاءً، لِأَنَّ تَرَاضِيَهُمَا عَلَى بَعْضِ المَقَادِيرِ بِمَنْزِلَةِ القَضَاءِ فِي حَقِّ التَّعْيِينِ فَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى مَا تَعَيَّنَ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ الصُّلحُ عَنْ دَعْوَى حَدٍّ) لِأَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى لَا حَقُّهُ، وَلَا

قوله: **(أما إذا صالح على [غير]**[(١)] **ذلك جاز)** بأن صالح على مكيل، أو موزون وقيمتهما أكثر من الدية يجوز بلا خلاف.

قوله: **(عن دين بدين)**، أي: عن دين الدية بدين بدل الصلح.

(على جنس آخر منها)، أي: من المقادير، بأن قضى بمائة من الإبل فصالح على أكثر من مائتي بقر جاز، وعند الشافعي، وأحمد لا يجوز؛ لأنه أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون أكل مال الباطل.

وقلنا: لما عين القاضي الوجوب في الإبل خرج غيره عن كونه واجبًا، فكان ما يعطى عوضًا عن الواجب فيصح إذا كان يدًا بيد.

أما لو صالح على شيء من المكيل أو الموزون سوى الدراهم والدنانير إلى أجل فهو باطل؛ لأن القاضي لما عين الحق في الإبل كان هذا اعتياضًا عن دينٍ بدين فلا يجوز، ذكره في الإيضاح.

قوله: **(ولا يجوز الصلح عن دعوى)** حَدٍّ صورَتُهُ: أَحَدَّ زانيًا، أو [٢/ ٢٧٦/ب] سارقًا، أو شارب خمر فصالح على مال على أن لا يرافعه إلى الحاكم فهو باطل، ويرد ما أخذه، ولا يعلم فيه خلاف؛ لأنه حق الله تعالى لا حَقّ العبدِ، والاعتياض عن حق الغير لا يجوز.

قوله: **(لأنه)**، أي: النسب حق الولد.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ عَنْ حَقِّ غَيْرِهِ، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ إِذَا ادَّعَتْ المَرْأَةُ نَسَبَ وَلَدِهَا، لِأَنَّهُ حَقُّ الوَلَدِ لَا حَقُّهَا، وَكَذَا لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَمَّا أَشْرَعَهُ إِلَى طَرِيقِ العَامَّةِ

صورته: ادّعت امرأة على رجل هذا الصبي الذي في يدها أنه ابنه، وجحد الرجل ولم تَدَّعِ المرأة بالنكاح وقالت: قد طلقني، وأقر الزوج أنه قد طلقها وبانت، فصالح من النسب على مائة فالصلح باطل؛ لأن النسب حق الصبي فلا يجوز للأم إسقاطه، كذا في شرح القدوري[١].

ونسبت هذه الرواية إلى أبي يوسف في الإيضاح، وقال: النسب حق الصبي فلا تملك الأم إسقاطه بعوض وغير عوض.

قوله: (**إلى طريق العامة**)، قيد به لأن الظلة لو كانت على طريق غير نافذ فصالح رجل من أهل الطريق جاز بلا خلاف؛ لأن الطريق مملوك لأهلها فيظهر في حق الأفراد فكان الصلح معه مفيد لأنه يسقط حقه، ويتوصل إلى تحصيل رضى الباقين فجاز، ذكره في الإيضاح.

هذا بخلاف ما لو أراد أن يفتح بابًا في غرفة، أو كوة فخاصمه أحدهم فصالحه على مالٍ ليترك الكوة ولا يسدها فالصلح باطل، ذكره في فتاوى قاضي خان[٢].

مع أن ما يقابل الكوة من دار الجار مملوكًا للجار، ومع ذلك لم يجز الصلح؛ لأن الجار ظالم في منع صاحب الكوة عن الانتفاع بمال نفسه، والجار إنما يأخذ المال ليمتنع عن الظلم، والامتناع عنه واجب فلا يجوز الصلح عليه.

أما بناء الظلة ليس بتصرف في ملك نفسه، بل هو بناء هواء مشترك بين قوم معلومين فيجوز.

وفي مسألة الكوة لو صالح صاحب الكوة على أن يأخذ مالًا ويسدَّ كوته فالصلح باطل أيضًا؛ لأن الجار إنما دفع المال ليمتنع صاحب الكوة عن التصرف في ملك نفسه والانتفاع به فكان باطلًا، إليه أشار في فتاوى قاضي خان[٣].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٤٩)، والبناية شرح الهداية للعيني (١٠/ ١٤).
(٢) فتاوى قاضي خان (٣/ ٥٣).
(٣) فتاوى قاضي خان (٣/ ٥٣).

لِأَنَّهُ حَقُّ العَامَّةِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُصَالَحَ وَاحِدٌ عَلَى الِانْفِرَادِ عَنْهُ؛ وَيَدْخُلُ فِي إِطْلَاقِ الجَوَابِ حَدُّ القَذْفِ لِأَنَّ المُغَلَّبَ فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ.

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا، وَهِيَ تَجْحَدُ، فَصَالَحَتْهُ عَلَى مَالٍ بَذَلَتْهُ حَتَّى يَتْرُكَ الدَّعْوَى: جَازَ، وَكَانَ فِي مَعْنَى الخُلْعِ) لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ خُلْعًا فِي جَانِبِهِ بِنَاءً عَلَى زَعْمِهِ وَفِي جَانِبِهَا بَدَلًا لِلْمَالِ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ. قَالُوا: وَلَا يَحِلُّ لَهُ

قوله: (واحد على الانفراد)، قيد به لو صالح الإمام بمال على أن يترك الظلة جاز الصلح؛ لأن الاعتياض من الشركة العامة جائز من الإمام، ويضع ذلك في بيت المال كما لو باع شيئًا من بيت المال يجوز، كذا في الذخيرة[١]، ومبسوط شيخ الإسلام.

(لأن المغلب فيه)، أي: في حد القذف حق الشرع، ولهذا لا يورث، ولا يسقط بالعفو عندنا، وأخذ العوض على حق الغير لا يجوز، وعند الشافعي[٢] وأحمد[٣] وإن كان المغلب فيه حق العبد، لكن حق غير مالي فلا يجوز أخذ العوض عنه، وعند مالك هو مشترك فلا يجوز أخذ العوض عنه.

قوله: (وكان في معنى الخلع)، أي: في زعم الزوج إذ الخلع بلفظ البراءة صحيح، وبه قال بعض أصحاب أحمد، وقال بعض أصحابه: لا يجوز؛ لأن الصلح في الإنكار في حق المنكر لافتداء اليمين، ولا يمين عليها في هذه الدعوى[٤].

وقلنا: المرأة بذلته لدفع الخصومة عن نفسها، وتخليص نفسها عن الوطء الحرام، وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك.

قوله: (قالوا)، أي: المشايخ: (لا يحل له) إلى آخره، وفي النهاية: هذا عام في جميع أنواع الصلح؛ بدليل ما ذكر في كتاب الإقرار: لو أقر لغيره بمال، والمقر له يعلم أنه كاذب، لا يحل له أخذ ذلك ديانة، إلا أن يسلمه

---

(١) الذخيرة البرهانية لابن مازة (١١/ ٢٢٨).
(٢) انظر: نهاية المطلب للجويني (٧/ ٤٣٣)، والوسيط للغزالي (٤/ ١٠١).
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٣٧٣)، والشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة (٥/ ١٨).
(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٣٧٣).

أَنْ يَأْخُذَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى إِذَا كَانَ مُبْطِلًا فِي دَعْوَاهُ.

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَتْ امْرَأَةٌ عَلَى رَجُلٍ نِكَاحًا فَصَالَحَهَا عَلَى مَالٍ بَذَلَهُ لَهَا جَازَ) قَالَ ﷺ: هَكَذَا ذُكِرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ المُخْتَصَرِ، وَفِي بَعْضِهَا قَالَ: لَمْ يَجُزْ. وَجْهُ الأَوَّلِ: أَنْ يَجْعَلَ زِيَادَةً فِي مَهْرِهَا. وَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهُ بَذَلَ لَهَا المَالَ لِتَتْرُكَ الدَّعْوَى، فَإِنْ جُعِلَ تَرْكُ الدَّعْوَى، مِنهَا فُرْقَةً: فَالزَّوْجُ لَا يُعْطِي العِوَضَ فِي الفُرْقَةِ، وَإِنْ لَمْ يُجْعَلْ: فَالحَالُ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ الدَّعْوَى فَلَا شَيْءَ يُقَابِلُهُ العِوَضُ فَلَمْ يَصِحَّ.

قَالَ: (وَإِن ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ عَبْدُهُ، ....

بطيب نفسه فيكون تمليكًا بطريق الهبة ابتداءً، وبه قالت الأئمة الثلاثة[١].

قوله: (قال ﷺ: هكذا ذكر)، وذكر بفتح الذال على بناء الفاعل، بدليل ما ذكر بعده.

(وفي بعضها قال: لم يجز)، وهو المذكور في شرح القدوري.

وجه الأول: وهو الجواز، أنه يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة.

قوله: (فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة)، من جانب الزوج إذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة، وإنما المرأة هي التي تسلم لها نفسها، وتتخلص عن الزوج فالحال على ما كان قبل الدعوى، وتكون هي على دعواها فلا يكون ما أخذ به عوضًا عن شيء فلا يجوز؛ لأنه رشوة محض من غير دفع خصومة، ويلزمها رده.

وإنما قلنا: لم يقابله شيء؛ لأن النكاح ما ثبت هاهنا وهي لم تترك الدعوى؛ لأن الفرقة لم توجد فكان دعواها في زعمها على حالها لبقاء النكاح فلم يفد دفع المال فائدته فلا يجوز.

قوله: (وإن ادعى على رجل أنه عبده)، أي: [٢/ ٢٧٧/أ] رجل مجهول الحال فأنكر الرجل، ثم صالحه على مال يجوز، هكذا ذكره في المبسوط، وبه قال أحمد[٢].

---

(١) انظر: لسان الحكام لابن الشحنة (ص ٢٦٥)، ومجمع الضمانات لغانم البغدادي (ص ٣٦٥).
(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٣٧٢)، والهداية للكلوذاني (ص ٢٦٩).

فَصَالَحَهُ عَلَى مَالٍ أَعْطَاهُ جَازَ، وَكَانَ فِي حَقِّ المُدَّعِي بِمَنْزِلَةِ الإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ) لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ فِي حَقِّهِ لِزَعْمِهِ، وَلِهَذَا يَصِحُّ عَلَى حَيَوَانٍ فِي الذِّمَّةِ إِلَى أَجَلٍ، وَفِي حَقِّ المُدَّعَى عَلَيْهِ يَكُونُ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ؛ لِأَنَّهُ يَزْعُمُ أَنَّهُ حُرٌّ فَجَازَ، إِلَّا أَنَّهُ لَا وَلَاءَ لَهُ لِإِنْكَارِ العَبْدِ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ فَتُقْبَلَ وَيَثْبُتَ الوَلَاءُ.

قَالَ: (وَإِذَا قَتَلَ العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ رَجُلًا عَمْدًا، لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ نَفْسِهِ،

وقوله: (**لهذا يصح على حيوان في الذمة**)، وكذا لو أقام بينة بعد الصلح أنه عبده لا تقبل بينته في إثبات الملك؛ لأن ما جرى بينهما بمنزلة الإعتاق، كذا في المبسوط[١].

قوله: (**لا ولاء له**)، أي: للمدعي، (**لإنكار العبد**) كونه عبدًا، (**إلا أن يقيم**) المدعي (**البينة**) بعد ذلك على أنه عبده (**فتقبل**)، أي: في حق الولاء.

(**ويثبت الولاء**)؛ لأنه صالحه على مال فيكون صلحه بمنزلة الإعتاق على مال فيثبت الولاء.

قوله: (**لم يجز له**)، أي: للعبد المأذون، (**أن يصالح عن نفسه**) على مال، سواء كان عليه دين أو لا، ومع فساد الصلح لا يجوز لولي القتيل أن يقتله بعد الصلح؛ لأنه لما صالحه فقد عفا ببدلٍ فصح العفو، ولم يجب البدل في حق المولى فتأخر البدل إلى ما بعد العتق؛ لأن صلحه عن نفسه لم يجز لِحَقِّ المولى.

أما في حق نفسه يجوز؛ لأنه مكلف فكان كالأمة البالغة إذا طلقها زوجها بمال وقبلت؛ فإن المال يجب في حقها وإن لم يجب في حق المولى حتى يؤاخذ به بعد العتق، وصار كأنه طلقها بمال مؤجل، ولهذا يقع الطلاق بائنًا، فكذا هاهنا؛ كأنه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق فيجوز الصلح في حق المولى فلم يجز أن يقتله بعده، ولا أن يتبعه بشيء ما لم يعتق، كذا ذكر المحبوبي.

وهذا جواب عما لو قال: لما سقط القتل بعفوه وقد اعترف المولى به، فَلِمَ

---

(١) المبسوط للسرخسي (٨/ ١٠٦).

وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ لَهُ رَجُلًا عَمْدًا فَصَالَحَهُ عنه جَازَ) وَوَجْهُ الفَرْقِ: أَنَّ رَقَبَتَهُ لَيْسَتْ مِن تِجَارَتِهِ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بَيْعًا فَكَذَا اسْتِخْلَاصًا بِمَالِ المَوْلَى وَصَارَ كَالأَجْنَبِيِّ، أَمَّا عَبْدُهُ فَمِن تِجَارَتِهِ وَتَصَرُّفُهُ فِيهِ نَافِذٌ بَيْعًا فَكَذَا اسْتِخْلَاصًا، وَهَذَا لِأَنَّ المُسْتَحَقَّ كَالزَّائِلِ عَنْ مِلْكِهِ وَهَذَا شِرَاؤُهُ فَيَمْلِكُهُ ....

لَمْ يخاطب بالدفع، أو الفداء؟

فقال: لما كان صلحًا ببدلٍ مؤجل إلى ما بعد العتق لم يخاطب به المولى في الحال، وهذا بخلاف المكاتب؛ فإنه لو قتل عمدًا، أو صالح عن نفسه بشيء من كسبه يجوز، وفي المأذون: لا يجوز؛ لأن المكاتب أعلى حالًا من المأذون، فكان يده على نفسه أقوى.

ولهذا لو ادعى إنسان رقبة المكاتب ينتصب المكاتب خصمًا للمدعي، ولو قُطِع شيءٌ من طرفه كان البدل له فيقضي له بدل كتابته وسائر ديونه، بخلاف المأذون حيث لا ينتصب خصمًا، ولا يكون بدل طرفه له، فصار كالحر باعتبار قوة يده، أما المأذون يلتحق بما قبل الإذن لضعف يده، وصلحه عن نفسه قبل الإذن لا يصح، فكذا بعد الإذن، ذكره المحبوبي[(١)].

قوله: (ولهذا لا يملك التصرف فيه)، أي: في رقبته على تأويل العضو، أو الجزء.

(بيعًا)، قيد بالبيع لأنه يملك التصرف فيه إجازة، كذا ذكر التمرتاشي.

قوله: (استخلاصًا بمال المولى)؛ لأن ما أعطاه من بدل الصلح مال المولى.

(وصار)، أي: العبد المأذون، **(كالأجنبي)** في حق نفسه؛ لأن نفسه مال المولى والأجنبي إذا صالح عن مال مولاه بغير إذنه لا يجوز، فكذا هنا.

قوله: (وهذا شراؤه)، أي: الصلح على مال في معنى الشراء فإن العبد صار كالمستحق بقتل العمد، ولو زال عبده عن ملكه يملك شراءه فيملك الصلح أيضًا، ولو زالت نفسه عن ملك المولى لا يملك شراء نفسه فكذا لا يملك

---

(١) انظر: الدر المختار - مع رد المحتار - للحصفكي (٥/ ٦٣).

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا يَهُودِيًّا قِيمَتُهُ دُونَ المِائَةِ فَاسْتَهْلَكَهُ فَصَالَحَهُ مِنهَا عَلَى مِائَةِ دِرْهَم جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَبْطُلُ الفَضْلُ عَلَى قِيمَتِهِ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ)(*) لِأَنَّ الوَاجِبَ هِيَ القِيمَةُ وَهِيَ مُقَدَّرَةٌ، فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهَا تَكُونُ رِبًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَى عَرَضٍ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَا تَظْهَرُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الجِنْسِ، وَبِخِلَافِ مَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ، لِأَنَّهُ يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ المُقَوِّمِينَ فَلَا تَظْهَرُ الزِّيَادَةُ.

الصلح عن نفسه، كذا في جامع صدر الإسلام.

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا يَهُودِيًّا) إلى آخره وضع المسألة في الأصل في العبد، وكذا الخلاف في كل ما لا مثل له.

(وقالا)، أي: أبو يوسف ومحمد: **(يبطل الفضل على قيمته)**، وبه قال الشافعي، وأحمد.

ثم قيد بالغصب لاستدعاء الصلح ذلك عادةً فإن الحكم في المستهلك والمبيع كذلك، وقيد بالثوب احترازًا عن غصب المثلي فإن الصلح فيه بالدراهم، والدنانير بالزيادة يجوز بالإجماع.

وقيد بكونه يهوديًّا؛ لتعرف قيمته إذ لا بد أن يكون الثوب المدعى به موصوفًا حتى تعرف قيمته.

وقيد بالاستهلاك؛ لأن الثوب إذا كان قائمًا يجوز الصلح على أكثر من قيمته بالإجماع.

وقيد بقوله: **(على مائة درهم)**؛ لأنه لو صالحه على طعام موصوف في الذمة حالًا وقبضه قبل الافتراق عن المجلس جاز بالإجماع.

ثم هذا الخلاف فيما إذا لم يقض القاضي بالقيمة على الغاصب، أما بعد القضاء لو صالح على أكثر منها لا يجوز بالإجماع.

قوله: (وهي مقدرة)، أي: القيمة مقدرة من النقود شرعًا فتصير الزيادة ربًا كالصلح في الدية بأكثر من ألف دينار، أو بأكثر من عشرة آلاف درهم، وكما لو قضى القاضي بالقيمة، وكما لو وجبت الدراهم بسبب البيع

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ حَقَّهُ فِي الهَالِكِ بَاقٍ حَتَّى لَوْ كَانَ عَبْدًا وَتَرَكَ المَوْلى أَخْذَ القِيمَةِ يَكُونُ الكَفَنُ عَلَيْهِ، أَوْ حَقُّهُ فِي مِثْلِهِ صُورَةً وَمَعْنًى، لِأَنَّ ضَمَانَ العُدْوَانِ بِالمِثْلِ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَى القِيمَةِ بِالقَضَاءِ فَقَبْلَهُ إِذَا تَرَاضَيَا عَلَى الأَكْثَرِ كَانَ اعْتِيَاضًا فَلَا يَكُونُ

ثم صالحه [٢/ ٢٧٧/ ب] بالزيادة.

(**ولأبي حنيفة أن حقه**)، أي: حق المالك في المغصوب باقٍ ولم يزل ملكه عنه ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة، بدليل أنه لو اختار ترك التضمين بقي العبد هالكًا على ملكه حتى يكون الكفن عليه، أو كان آبقًا فعاد من إباقه كان مملوكًا له، ولو كان نصب شبكة فيُعقَلُ بها صيد بعد موته يكون للمالك، وإنما يملك الكسب تملك الأصل، وإذا كان ذلك فالذي وقع عليه الصلح عوضًا عن ملكه في العبد والثوب، ولا ربا بين العبد والدراهم، كذا في المبسوط(١).

(**أو حقه في مثله صورة ومعنى**)، وفي الذخيرة: هذا اعتياض عن الثوب والعبد حكمًا فيجوز بالغًا ما بلغ؛ كالاعتياض عن العبد القائم، والثوب القائم، وهذا لأن ضمان العدوان بالمثل بالنص فيكون مقيدًا بالمثل، والمثل من كل وجه هو المثل صورةً ومعنى، ولهذا كان الواجب من جنسه في المكيلات والموزونات، وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية، إلا عند الأخذ يصار إلى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورةً ومعنى غير ممكن إلا بسابقة التقويم، والآخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقةً؛ لما فيه من التفاوت الفاحش، ولا ضرورة في وجوب المثل الكامل؛ لأن الوجوب بإيجاب الله، والله تعالى عالم بذلك، فصح أن هذا اعتياض من الثوب أو الحيوان فيجوز كيفما كان.

وهذا معنى قول الشيخ: (**فقبله**)، أي: قبل القضاء.

(**إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضًا**)، أي: عن الثوب أو العبد فلا يكون ربا.

وفي المبسوط: وجه آخر أن الواجب على الغاصب ضمان الرد، كما قال

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٢١/ ٥٦).

رِبًا، بِخِلَافِ الصُّلْحِ بَعْدَ القَضَاءِ لِأَنَّ الحَقَّ قَدْ انْتَقَلَ إِلَى القِيمَةِ.

عليه السلام: «**علَى اليدِ ما أخذَت حتّى تَردَّ**»[١]، وهو الضمان الأصلي في الغصب، وإنما يجب عند تعذر رد العين[٢]، فكان ذلك لأجل الضرورة فلا يصار إليه إلا عند العجز عن رد العين بالقضاء بالقيمة، فإذا صالحه على مال كان بدل الصلح عوضًا عن الضمان الأصلي وهو رد العين فلا يكون ربا.

وفي المبسوط، والذخيرة، والجوامع وغيرها: أن منشأ الخلاف أن بدل الصلح في مقابلة عين المغصوب تحقيقًا إذا كان قائمًا، وحكمًا تقديرًا فيما إذا كان مستهلكًا عند أبي حنيفة، وعندهما: في مقابلة الدراهم والدنانير إذا كان مستهلكًا[٣].

فإن قيل: يلزم على أبي حنيفة أنه لو صالحه على طعام موصوف في الذمة مؤجلًا ينبغي أن يجوز، والحال أنه لا يجوز، وكذا لو باع المالك المغصوب المستهلك من الغاصب لا يجوز، فلو جعل بمنزلة القائم حكمًا بعد الاستهلاك ينبغي أن يجوز.

قلنا: إنما لا يجوز الصلح على الطعام الموصوف مؤجلًا باعتبار أن العبد أو الثوب المستهلك لا يوقف على أثره، وما لا يوقف على أثره يكون في حكم الدَّين، والدَّين بالدَّين حرام، لا لأن الطعام بدل عن القيمة.

ألا ترى أنه لو صالحه على طعام موصوف في الذمة حالًا وقبضه في المجلس يجوز، ولو كان ذلك بدلًا عن القيمة لا يجوز؛ لأن الطعام إذا قوبل بالدراهم يكون مبيعًا، وبيع ما ليس عند الإنسان لا يجوز إلا بطريق السَّلَم، وفي مسألة البيع إنما لا يجوز بيعه من الغاصب بعد الهلاك؛ لأن البيع تمليك مال متقوم بمال، وبعد الهلاك ليس بمال.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦١)، والترمذي (٢/ ٥٥٧ رقم ١٢٦٦)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٢ رقم ٢٤٠٠)، والحاكم (٢/ ٤٧ رقم ٢٣٠٢) من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه.
قال الترمذي: هذا حديث حسن، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١١/ ٥١).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ٧٢).

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ، فَصَالَحَهُ الآخَرُ عَلَى أَكْثَرَ مِن نِصْفِ قِيمَتِهِ، فَالفَضْلُ بَاطِلٌ) وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِمَا بَيَّنَّا. وَالفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّ القِيمَةَ فِي العِتْقِ مَنْصُوصٌ عَلَيْهَا، وَتَقْدِيرُ الشَّرْعِ لَا يَكُونُ دُونَ تَقْدِيرِ القَاضِي فَلَا يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ، وَبِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، لِأَنَّهَا غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهَا (وَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى عُرُوضٍ جَازَ) لِمَا بَيَّنَّا: أَنَّهُ لَا يَظْهَرُ الفَضْلُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بَابُ التَّبَرُّعِ بِالصُّلْحِ وَالتَّوْكِيلِ بِهِ

قَالَ: (وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِالصُّلْحِ عَنْهُ فَصَالَحَ، لَمْ يَلْزَمْ الوَكِيلَ مَا صَالَحَ عَنْهُ إِلَّا

وأما الصلح فيمكن تصحيحه بطريق إسقاط الملك، وما يأخذ من العوض بإزاء إسقاط الملك، وصحة الإسقاط لا تستدعي المالية والتقوم، إليه أشار في المبسوط، وجامع قاضي خان[1].

قوله: (منصوص عليها)، قال عليه السلام: «**مَنْ أعتقَ شِقْصًا من عَبدٍ مُشتَرَكٍ بينهُ وبينَ شريكِهِ قُوِّمَ عليهِ نصيبُ شريكِهِ**»[2].

قوله: (بخلاف ما تقدم)، وهو العبد المستهلك أو الثوب.

(لأنها)، أي: القيمة غير منصوص عليها لما ذكرنا، فلم تقم فيه دلالة التقدير بها، ولهذا يكون مخيرًا بين تضمين الغاصب وإبرائه، والشريك الساكت يجبر على إزالة ملك نصيبه بالإعتاق، أو بالضمان، أو بالسعاية، إليه أشار في المبسوط.

بَابُ التَّبَرُّعِ بِالصُّلْحِ وَالتَّوْكِيلِ بِهِ

لما بيَّن صلح المرء بنفسه شرع في بيان صلح الغير عنه، الأول هو الأصل.

قوله: (لم يلزم الوكيل ما صالح عليه)، وهكذا ذكره في شرح الأقطع، وفي بعض النسخ: **(ما صالح عنه)**، أي عن الموكل.

---

(١) انظر: فتاوى قاضي خان (٣/ ١٤٤).

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ١٤١ رقم ٢٥٠٤)، ومسلم (٢/ ١١٤٠ رقم ١٥٠٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «من أعتقَ شِقْصًا لَهُ في عبدٍ أعتقَ كله إن كانَ له مالٌ، وإلا يَسْتَسْعَ غيرَ مشقوقٍ عليهِ».

أَنْ يَضْمَنَهُ، وَالمَالُ لَازِمٌ لِلْمُوَكِّلِ) وَتَأْوِيلُ هَذِهِ المَسْأَلَةِ، إِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ دَمِ العَمْدِ، أَوْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ بَعْضِ مَا يَدَّعِيهِ مِن الدَّيْنِ، لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ مَحْضٌ فَكَانَ الوَكِيلُ فِيهِ سَفِيرًا وَمُعَبِّرًا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ كَالوَكِيلِ بِالنِّكَاحِ، إِلَّا أَنْ يَضْمَنَهُ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ هُوَ مُؤَاخَذٌ بِعَقْدِ الضَّمَانِ لَا بِعَقْدِ الصُّلْحِ، أَمَّا إِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ فَهُوَ

قوله: (**والمال لازم [٢/٢٧٨/أ] للموكل**)، وفي شرح الأقطع: (والمال لازم على الموكل).

قوله: (**وتأويل هذه المسألة**)، وهي أن المال غير لازم على الوكيل في هذه الصورة، وهذا الذي ذكره من التأويل لا يكفي لتأويل المسألة فإن فيه قيد آخر، وهو أنه إذا كان الصلح على الإنكار لا يجب بدل الصلح على الوكيل، وإن كان الصلح في المعاوضات، لأنه ذكر في المبسوط: ادعى في دار رجل حقًّا وأنكره، فصالحه عنه آخر بأمره، أو بغير أمره.

إلى أن قال: ولا يجب المال على المصالح إلا أن يضمنه؛ لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بِجُعْلٍ، والعفو عن القصاص بمال، وذلك جائز مع الأجنبي كما يجوز مع الخصم، ولكن إن كان الصلح بأمره فالمال على الآمر؛ لأن الأجنبي معبر عنه، وإن كان بغير أمره فالصلح موقوف بإجازته؛ لأن المال لم يجب على المصالح، ولا يمكن إيجابه على المدعى عليه بغير رضاه، والمدعي لم يرض بسقوط حقه إلا بعوض يجب له فيتوقف على رضى المدعى عليه(١).

وفي شرح الطحاوي: والأوضح فرق بين الوكيل بالصلح والخلع إذا ضمنا البدل، وبين الوكيل بما ضمن من البدل بالنكاح إذا ضمن المهر، حيث لا يكون له الرجوع إذا أخذت المهر منه، وفي الصلح والخلع يرجع على الموكل؛ لأن الصلح والخلع بغير أمرهما جائز، فيكون الأمر لإفادة حق الرجوع، أما النكاح بغير أمر الزوج لا يجوز فتقتصر فائدة الآمر على إفادة الجواز.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/١٤٩).

بِمَنْزِلَةِ البَيْعِ فَتَرْجِعُ الحُقُوقُ إِلَى الوَكِيلِ فَيَكُونُ المُطَالِبُ بِالمَالِ هُوَ الوَكِيلُ دُونَ المُوَكِّلِ. قَالَ: (وَإِنْ صَالَحَ رَجُلٌ عَنْهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، فَهُوَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: إِنْ صَالَحَ بِمَالٍ وَضَمِنَهُ تَمَّ الصُّلْحُ) لِأَنَّ الحَاصِلَ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَيْسَ إِلَّا البَرَاءَةَ، وَفِي حَقِّهَا هُوَ وَالأَجْنَبِيُّ سَوَاءٌ، فَصُلْحُ أَصِيلًا فِيهِ إِذَا ضَمِنَهُ، كَالفُضُولِيِّ بِالخُلْعِ إِذَا ضَمِنَ البَدَلَ، وَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِأَمْرِهِ ....

قوله: (فهو على أربعة أوجه)، وجه الانحصار أن الفضولي عند الصلح لا يخلو إما أن كان قرن بالمال ضمان نفسه أم لا، فإن قرن فهو الوجه الأول، وإن لم يقرن فلا يخلو إما إن أضاف ذلك إلى المال إلى نفسه أم لا، فإن أضاف فهو الوجه الثاني، وإن أضاف فلا يخلو إما أن يسلم المال المذكور في الحال أم لا، فإن سلم فهو الوجه الثالث، وإلا فهو الوجه الرابع.

قوله: (وفي حقها)، أي: في حق المرأة إذ الإسقاط يتلاشى ويضمحل فاستوى فيه الفضولي والمدّعَى عليه، وصلح أن يكون أصيلًا في الضمان إذا أضاف الضمان إلى نفسه.

(كالفضولي في الخلع)، أي: من جانب المرأة كان بدل الخلع عليه، ويكون متبرعًا على المدعى عليه بإسقاط خصومته عنه، كما لو تبرع بقضاء الدين عنه، وعن أحمد: يجوز صلح الأجنبي بأمره، وبغير أمره، في الإنكار، والإقرار[١]، ويرجع على المدعى عليه إذا أدى بدل الصلح إذا كان بأمره بالاتفاق، وبغير أمره لم يرجع؛ كما لو أدى دين غيره بغير أمره، وبه قال الشافعي إذا كان الصلح في الإقرار؛ فإن صلح المنكر لا يجوز عنده[٢].

وقوله: (ويكون متبرعًا)، بالواو.

قوله: (بخلاف ما إذا كان بأمره)، أي: لا يكون متبرعًا، ويرجع عليه بما ضمن كما ذكرنا، وعند الشافعي وأحمد: يرجع إن أدى بأمره، كما ذكرنا.

---

(١) انظر: الإنصاف للمرداوي (٥/ ٢٤٤)، والإقناع للحجاوي (٢/ ١٩٦).
(٢) انظر: الأم للشافعي (٧/ ١١٨).

وَلَا يَكُونُ لِهَذَا المُصَالِحِ شَيْءٌ مِن المُدَّعَى، وَإِنَّمَا ذَلِكَ لِلَّذِي فِي يَدِهِ لِأَنَّ تَصْحِيحَهُ بِطَرِيقِ الإِسْقَاطِ، وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ مُقِرًّا أَوْ مُنْكِرًا (وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ: صَالَحْتُك عَلَى أَلْفَيْ هَذِهِ، أَوْ عَلَى عَبْدَيْ هَذَا، صَحَّ الصُّلْحُ وَلَزِمَهُ تَسْلِيمُهَا) لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهُ إِلَى مَالِ نَفْسِهِ فَقَدْ التَزَمَ تَسْلِيمَهُ، فَصَحَّ الصُّلْحُ (وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: عَلَى أَلْفٍ وَسَلَّمَهَا) لِأَنَّ التَّسْلِيمَ إِلَيْهِ يُوجِبُ سَلَامَةَ العِوَضِ لَهُ فَيَتِمُّ العَقْدُ لِحُصُولِ مَقْصُودِهِ (وَلَوْ قَالَ: صَالَحْتُك عَلَى أَلْفٍ فَالعَقْدُ مَوْقُوفٌ، ....

قوله: (ولا يكون لهذا المصالح شيء من الْمُدَّعَى)، أي: لا يصير المدعى به ملكًا للمُصالح، وبه قال الشافعي، وأحمد، وإن كان المدّعَى عليه مقرًّا.

(وإنما ذلك)، أي الدَّين، (للذي في يده).

(لأن تصحيحه)، أي: تصحيح الصلح (بطريق الإسقاط)، والساقط يتلاشى ويضمحل، فأي شيء يثبت له بعد ذلك؟

(ولا فرق في هذا)، أي: في أن المُصالح لا يملك الدَّين المدعى به فيما إذا كان المدعى عليه مقرًّا، أو منكرًا.

أما إذا كان منكرًا فظاهر؛ لأن في زعم المدعى عليه أنه لا شيء عليه فيكون متبرعًا في إسقاط الخصومة عنه، وزعم المدعي لم ينفذ إليه.

وأما إذا كان مقرًّا بالدَّين، وبالصلح ينبغي أن يَصلح المُصالح مشتريًا ما في ذمته مما أدى، إلا أن شراء الدَّين من غير المديون لا يصح؛ لأن فيه تمليك الدَّين من غير من عليه الدَّين، وذا لا يجوز، وبه قال الشافعي في الأصح، وأحمد.

بخلاف ما لو كان المدعى به عينًا، والمدعى عليه مقرًّا فإنه يصير مشتريًا لنفسه متى كان بغير أمره ذلك؛ لأن العين يصح شراؤه من المالك وإن كان في يد غيره، ولا خلاف فيه.

قوله: (فالعقد موقوف)، وفي المبسوط: هذا اختيار بعض المشايخ، وقال بعضهم: بل ينفذ على المصالح، وإنما التوقف في قوله (صالح فلانًا على كذا)،

فَإِنْ أَجَازَهُ المُدَّعَى عَلَيْهِ جَازَ وَلَزِمَهُ الأَلْفُ، وَإِنْ لَمْ يُجِزْهُ: بَطَلَ) لِأَنَّ الأَصْلَ فِي العَقْدِ إِنَّمَا هُوَ المُدَّعَى عَلَيْهِ، لِأَنَّ دَفْعَ الخُصُومَةِ حَاصِلٌ لَهُ، إِلَّا أَنَّ الفُضُولِيَّ يَصِيرُ أَصِيلًا بِوَاسِطَةِ إِضَافَةِ الضَّمَانِ إِلَى نَفْسِهِ، فَإِذَا لَمْ يُضِفْهُ بَقِيَ عَاقِدًا مِن جِهَةِ المَطْلُوبِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِ. قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللَّهُ: وَوَجْهٌ آخَرُ: ....

ولم تضمنها على ما نذكر بعد هذا[1].

قوله: (يصير أصيلًا بواسطة إضافة الضمان إلى [٢/ ٢٧٨/ ب] نفسه)؛ بدليل أنه يجبر على الأداء كما يجبر الأصيل؛ لأن الزعيم غارم، والوفاء بالشرط لازم، خصوصًا إذا كان الشرط في عقد لازم.

قوله: (إذا لم يُضِفْهُ)، أي: الضمان إلى نفسه، أي: لم يضمنها لم يكن عليه شيء، و(بقي عاقدًا من جهة المطلوب)، يعني الصلح موقوف على قبول المدعى عليه، فإن قبل لزمه المال، وإن رده بطل الصلح.

قوله: (قال العبد الضعيف عصمه الله: ووجه آخر)، إلى آخره، وفيه وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب، قال في الذخيرة: لو صالح عن المطلوب بغير أمره لا يخلو إما إن قال المُصالح: صالح فلانًا على كذا من دعواك عليه، وفي هذا الوجه يتوقف الصلح على إجازة المطلوب، ولا ينفذ لا على المُصالح، ولا على المطلوب، فإن رد المطلوب بطل، وإن أجاز جاز، وكان المُطالب بالعوض هو.

وإما إن قال المصالح: صالحني، وفي هذا الوجه ينفذ الصلح على المصالح، وكذا لو قال: صالح فلانًا على ألف من مالي، أو قال: صالح فلانًا على أني ضامن، ففي هذه الأوجه الثلاثة نفذ الصلح على المُصالح، ولا يرجع بالمال على المدعى عليه، ولا يصير المدعى به ملكًا له.

أما لو قال: صالحتك على ألف، ولم يزد على هذا اختلف المشايخ، قيل: نظير قوله صالحني، وقيل: نظير قوله صالِح فلانًا، هذا إذا صالح بغير أمر المطلوب، أما لو صالحه بأمره، وهو أيضًا على وجوه، هذا كله فيما إذا كان

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/ ١٤٩).

وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: صَالَحْتُك عَلَى هَذِهِ الأَلْفِ، أَوْ عَلَى هَذَا العَبْدِ وَلَمْ يَنْسُبْهُ إِلَى نَفْسِهِ، لِأَنَّهُ لَمَّا عَيَّنَهُ لِلتَّسْلِيمِ صَارَ شَارِطًا سَلَامَتَهُ لَهُ، فَيَتِمُّ بِقَوْلِهِ. وَلَوْ اسْتَحَقَّ العَبْدَ، أَوْ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَرَدَّهُ فَلَا سَبِيلَ لَهُ عَلَى المُصَالِحِ، لِأَنَّهُ التَزَمَ الإِيفَاءَ مِن مَحَلٍّ بِعَيْنِهِ وَلَمْ يَلْتَزِمْ شَيْئًا سِوَاهُ، فَإِنْ سَلِمَ المَحَلُّ لَهُ تَمَّ الصُّلْحُ، وَإِنْ لَمْ يَسْلَمْ لَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ. بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَى دَرَاهِمَ مُسَمَّاةٍ وَضَمِنَهَا وَدَفَعَهَا، ثُمَّ اسْتُحِقَّتْ، أَوْ وَجَدَهَا زُيُوفًا حَيْثُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ جَعَلَ نَفْسَهُ أَصِيلًا فِي حَقِّ الضَّمَانِ، وَلِهَذَا: يُجْبَرُ عَلَى التَّسْلِيمِ، فَإِذَا لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ مَا سَلَّمَهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِبَدَلِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

المدعى عليه منكرًا.

أما إذا كان مُقرًّا فهو أيضًا على وجهين: إما إن صالح الأجنبي بغير أمره، أو بأمره، وتلك الأوجه المذكورة تجيء هاهنا أيضًا.

قوله: (فلا سبيل له على المصالح)، وكذا لو وجده حرًّا، أو مدبَّرًا، أو مُكاتَبًا لا سبيل له على المُصالح، ولكن يرجع في دعواه.

(لأنه)، أي: المصالح **(التزم الإيفاء)** منه، **(ولم يلتزم شيئًا سواه)**، أي: سوى ما عين فإنه متبرع بالتزام دفع هذا المعين.

فلو قلنا بالتزام شيء آخر كان إلزامًا عليه شيئًا لم يلتزمه، وذا لا يجوز على المتبرع، ولهذا لو وهب شيئًا لم يجبر على تسليمه؛ لأن التسليم تبرع آخر، وهو لم يلتزمه.

(حيث يرجع عليه)، أي: على المصالح دون المطلوب.

(لأنه)، أي: المصالح، **(جعل نفسه أصيلًا في حق الضمان)**، فصار دينًا في ذمته حيث ضمنه.

(ولهذا يجبر)، أي: المصالح، **(على التسليم)**، وبالرد بهذه الأسباب انتقض القبض لا أصل العقد فيعود الحكم الذي قبل القبض وهو المطالبة بتسليم الجياد بسبب التزامه.

بابُ الصلحِ في الدَّيْنِ

(وَكُلُّ شَيْءٍ وَقَعَ عَلَيْهِ الصُّلْحُ وَهُوَ مُسْتَحَقٌّ بِعَقْدِ الْمُدَايَنَةِ، لَمْ يُحْمَلْ عَلَى

بَابُ الصُّلْحِ فِي الدَّيْنِ

لما ذكر حكم الصلح على العموم، ذكر في هذا الباب حكمه عن دعوى خاص وهو دعوى الدين إذ الخصوص بعد العموم.

قوله: (وكل شيء وقع عليه الصلح)، أي: كل شيء هو بدل الصلح.

(مستحق بعقد المداينة)، أي: إذا كان بدل الصلح من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بعقد مداينة جرت بينهما وهي البيع.

صورته: باع ثوبًا مثلًا بعشرة دراهم، وافترقا من غير قبض الدراهم من غير ذكر أجل، ثم تصالحا على خمسة دراهم، يجوز وإن افترقا من غير قبض بدل الصلح الذي هو خمسة؛ لأن هذا الصلح محمول على أنه استوفى بعض حقه، وأسقط باقيه، إلى آخر ما ذكر في الكتاب.

وإنما قيد بعقد المداينة مع أن الحكم في الغصب كذلك حملًا لأمر المسلم على الصلاح، وهو نظير قوله عليه الصلاة والسلام: «**مَنْ نامَ عن صلاةٍ أو نَسِيَها**»[(١)]، الحديث، مع أن الحكم في العمد كذلك.

وهاهنا ينبغي أن يزاد قيد آخر في الرواية وهو أن يقال: وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة، ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة؛ لأنه لو أمكن حمله على بيع الصرف، [مع][(٢)] أنه مستحق بعقد المداينة يحمل على المعاوضة لا على إسقاط البعض، فقد ذكر في الذخيرة جنس هذه المسائل فقال: هي على أربعة أوجه: أن يصالح ألف درهم سود حال على ألف بَخِيَّة[(٣)] إلى أجل لا يجوز لما ذكر في الكتاب.

والثاني: أن يصالح بألف سود مؤجل على ألف بخية حالَّة، جاز إذا نقد

---

(١) أخرجه مسلم (١/ ٤٧٧ رقم ٦٨٤) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) في هامش الأصل: (البَخِيَّة: الردية).
وفي الذخيرة البرهانية: نجية، والنجية اسم لما هو أجود من السود.

المُعَاوَضَةِ، وَإِنَّمَا يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ حَقِّهِ، وَأَسْقَطَ بَاقِيَهُ، كَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ، وَكَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفٌ جِيَادٌ فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ زُيُوفٍ جَازَ، وَكَأَنَّهُ أَبْرَأَهُ عَنْ بَعْضِ حَقِّهِ) وَهَذَا لِأَنَّ تَصَرُّفَ العَاقِلِ يَتَحَرَّى تَصْحِيحَهُ مَا أَمْكَنَ، وَلَا وَجْهَ لِتَصْحِيحِهِ مُعَاوَضَةً لِإِفْضَائِهِ إِلَى الرِّبَا، فَجُعِلَ إِسْقَاطًا لِلْبَعْضِ فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى، وَلِلْبَعْضِ وَالصِّفَةِ فِي الثَّانِيَةِ (وَلَوْ صَالَحَ عَلَى أَلْفٍ مُؤَجَّلَةٍ جَازَ، وَكَأَنَّهُ أَجَّلَ نَفْسَ الحَقِّ) لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ جَعْلُهُ مُعَاوَضَةً، لِأَنَّ بَيْعَ الدَّرَاهِمِ بِمِثْلِهَا نَسِيئَةً لَا يَجُوزُ، فَحَمَلْنَاهُ عَلَى التَّأْخِيرِ (وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى دَنَانِيرَ إِلَى شَهْرٍ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ الدَّنَانِيرَ غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ بِعَقْدِ المُدَايَنَةِ ....

البخية في المجلس؛ لأن هذه مصارفة بدين وجب قبل عقد الصرف، وقد قبض بدله في المجلس.

والثالث: أن يصالح عن ألف بخية حالَّة على ألف سود إلى أجل، وهو جائز؛ لأن هذا إبراء عن الجودة من صاحب الدين.

والرابع: أن يصالح [٢/ ٢٧٩/أ] عن ألف بخية مؤجلة على ألف سود حالَّة فإنه لا يجوز؛ لأنه اعتياض عن الأجل(١).

قوله: (يتحرى)، أي: يطلب.

قوله: (نسيئة لا يجوز) شرعًا؛ لأن ذلك بيع الدَّين بالدَّين؛ لأن كل ذلك ثابت في الذمة، وقد نهى عليه السلام عن بيع الكالئ بالكالئ، فلا بد من حمله على التأخير؛ لأن التأخير تصرف في حق نفسه لا في حق غيره.

قوله: (ولو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجز)، سواء كان مقرًّا أو جاحدًا؛ لأنه إن كان مقرًّا كان صرفًا بالنسيئة وذلك لا يجوز، وكذا إن كان منكرًا؛ لأن الصلح بناء على زعم المدعي، وفي زعمه أن هذا صرف بالنسيئة، فكذا لو صالحه على طعام في الذمة مؤجلًا، أو غير مؤجل وتفرقا قبل القبض لم يجز؛ لأن هذا افتراق عن دين بدين، كذا في الذخيرة(٢).

قوله: (لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة)؛ لأنه وجب بالعقد الدراهم

---

(١) الذخيرة البرهانية لابن مازة (١١/ ١٩٥).
(٢) الذخيرة البرهانية لابن مازة (١١/ ١٩٦).

فَلَا يُمْكِنُ حَمْلُهُ عَلَى التَّأْخِيرِ، وَلَا وَجْهَ لَهُ سِوَى المُعَاوَضَةِ، وَبَيْعُ الدَّرَاهِمِ بِالدَّنَانِيرِ نَسِيئَةً لَا يَجُوزُ فَلَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ (وَلَوْ كَانَتْ لَهُ أَلْفٌ مُؤَجَّلَةٌ، فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ حَالَةٍ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ المُعَجَّلَ خَيْرٌ مِن المُؤَجَّلِ، وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِالعَقْدِ، فَيَكُونُ بِإِزَاءِ مَا حَطَّهُ عَنْهُ، وَذَلِكَ اعْتِيَاضٌ عَنْ الأَجَلِ، وَهُوَ حَرَامٌ (وَإِنْ كَانَ لَهُ أَلْفٌ سُودٌ فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ بِيضٍ، لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ البِيضَ غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ بِعَقْدِ المُدَايَنَةِ، وَهِيَ زَائِدَةٌ وَصْفًا فَيَكُونُ مُعَاوَضَةُ الأَلْفِ بِخَمْسِمِائَةٍ وَزِيَادَةِ وَصْفٍ وَهُوَ رِبًا، بِخِلَافِ مَا إذَا صَالَحَ عَنْ الأَلْفِ البِيضِ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ سُودٍ حَيْثُ يَجُوزُ، لِأَنَّهُ إسْقَاطٌ كُلُّهُ قَدْرًا وَوَصْفًا، وَبِخِلَافِ مَا إذَا صَالَحَ عَلَى قَدْرِ الدَّيْنِ وَهُوَ أَجْوَدُ، لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ

لا الدنانير فلا يمكن حمله على تأخير حقه؛ إذ التأخير تصرف في حق نفسه، والدنانير غير حقه.

قوله: **(وهو)**، أي: المعجل، **(غير مستحق)**، بل المستحق المؤجل بعقد المداينة، والمعجل خير من المؤجل.

(فيكون)، أي: تعجيل الخمسمائة التي كانت مؤجلة.

(بإزاء)، أي: بمقابلة الخمسمائة المحطوطة.

(وذلك)، أي: تعجيل الخمسمائة عوضًا عن الأجل، وهو حرام، ألا ترى أن ربا النَّسَاء حرام لشبهة مبادلة المال بالأجل، فلأن يحرم حقيقةً أولى، وبه قالت الأئمة الثلاثة(١)، وأكثر العلماء.

قوله: **(ألف سود)**، المراد من السود الدراهم المضروبة من النقرة السوداء؛ لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة؛ لأن من له السود لا يستحق البيض، فقد صالح على مال لا يستحق بعقد المداينة، فكان معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف فكان ربا **(على قدر الدين)**.

(وهو)، أي: بدل الصلح، **(أجود)** من الدين، أي: حيث يجوز؛ لأنه مبادلة المثل بالمثل.

---

(١) انظر: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (٣/ ١٤٨).

المِثْلِ بِالمِثْلِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِالصِّفَةِ إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ القَبْضُ فِي المَجْلِسِ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَمِائَةُ دِينَارٍ فَصَالَحَهُ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ حَالَّةٍ أَوْ إِلَى شَهْرٍ صَحَّ الصُّلْحُ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ أَنْ يُجْعَلَ إِسْقَاطًا لِلدَّنَانِيرِ كُلِّهَا وَالدَّرَاهِمِ إِلَّا مِائَةً وَتَأْجِيلًا لِلْبَاقِي فَلَا يُجْعَلُ مُعَاوَضَةً تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ أَوْ لِأَنَّ مَعْنَى الإِسْقَاطِ فِيهِ أَلْزَمُ. قَالَ: (وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ: أَدِّ إِلَيَّ غَدًا مِنهَا خَمْسَمِائَةٍ عَلَى أَنَّك بَرِيءٌ مِن الفَضْلِ، فَفَعَلَ فَهُوَ بَرِيءٌ، فَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ الخَمْسَمِائَةِ غَدًا، عَادَ عَلَيْهِ الأَلْفُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَعُودُ عَلَيْهِ)(*) لِأَنَّهُ إِبْرَاءٌ مُطْلَقٌ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ جَعَلَ

(ولا معتبر بالصفة)، أي: الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية بالنص، إلا أنه يشترط القبض في المجلس لأنه صرف.

قوله: (ولأن معنى الإسقاط فيه)، أي: في الصلح، (ألزم)؛ لأنه مبني على الحطيطة، والحط هنا أكثر فيكون الإسقاط ألزم.

ولو صالح عن ألف درهم وعشرة دنانير على ألف درهم وعشرة دراهم على أن ينقد خمسمائة والباقي إلى أجل، ثم نقد خمسمائة في المجلس صح الصلح عند أبي يوسف؛ لأن المقبوض يجعل من الصرف وغيره، وعند محمد لا يصح؛ لأن العقد في الدنانير صرف فقد صار التأجيل شرطًا في الصرف فأفسده.

قوله: (ومن له على آخر ألف درهم)، قال في جامع البزدوي، والمحبوبي، وقاضي خان: ألف درهم حالة[1].

(وقال أبو يوسف: لا يعود عليه)، سواء دفع الألف غدًا، أو لم يدفع؛ لأن الإبراء حصل مطلقًا فلا يعود بعد النقد؛ لأنه شرط ضائع، إذ النقد واجب عليه اليوم، فكان نقد الخمسمائة لا يصلح عوضًا عن الإبراء؛ لأن النقد واجب عليه اليوم وغدًا؛ لأن المال حالٌّ فلا يصلح النقد عوضًا في الصلح، وإذا لم يصلح عوضًا صار ذكره والعدم بمنزلةٍ، فكان الإبراء حاصلًا مطلقًا فلا يعود بعدم النقد.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) انظر: فتاوى قاضي خان (٣/ ٣٩).

أَدَاءَ الخَمْسِمِائَةِ عِوَضًا حَيْثُ ذَكَرَهُ بِكَلِمَةِ «عَلَى» وَهِيَ لِلْمُعَاوَضَةِ، وَالأَدَاءُ لَا يَصِحُّ عِوَضًا لِكَوْنِهِ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ فَجَرَى وُجُودُهُ مَجْرَى عَدَمِهِ فَبَقِيَ الإِبْرَاءُ مُطْلَقًا فَلَا يَعُودُ كَمَا إِذَا بَدَأَ بِالإِبْرَاءِ.

وَلَهُمَا: أَنَّ هَذَا إِبْرَاءٌ مُقَيَّدٌ بِالشَّرْطِ، فَيَفُوتُ بِفَوَاتِهِ، لِأَنَّهُ بَدَأَ بِأَدَاءِ الخَمْسِمِائَةِ فِي الغَدِ، وَأَنَّهُ يَصْلُحُ غَرَضًا حِذَارَ إِفْلَاسِهِ وَتَوَسُّلًا إِلَى تِجَارَةٍ أَرْبَحَ مِنْهُ، وَكَلِمَةُ «عَلَى» إِنْ كَانَتْ لِلْمُعَاوَضَةِ ....

قوله: (**والأداء لا يصحُّ عوضًا**)؛ لأن حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن استفاده قبل ذلك، كذا في مبسوط شيخ الإسلام(١).

قوله: (**إنه إِبْرَاءٌ مُقَيَّدٌ بِالشَّرْطِ**)، أي: بشرط أن يسلم له خمسمائة في الغد، فكأنه قال: أبرأتك عن خمسمائة بشرط أن تسلم خمسمائة في الغد، فصار دخول كلمة (على) على الإبراء كدخولها في الأداء، كما في قوله: طعني(٢) على ألف، حملًا لكلام العاقل على الفائدة، فإذا لم يسلم فات رضاه، وبدون الرضى لا يسقط الحق.

قوله: (**وَكَلِمَةُ عَلَى إِنْ كَانَتْ لِلْمُعَاوَضَةِ**)، وهاهنا خرج مخرج الأعواض، ولكنه لا يصلح عوضًا فيحمل على الشرط، إذ كلمة (على) تجيء للشرط، [قال تعالى:](٣) ﴿يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِٱللَّهِ شَيْـًٔا﴾ [الممتحنة: ١٢]، فلم يضر الإبراء مطلقًا بالشك.

وفي الفوائد الظهيرية: لهما أن هذا حط بعض خمسمائة بشرط أن ينقد خمسمائة غدًا، ونقد خمسمائة في الغد يصلح عوضًا عن الحط؛ لأن الطالب ينتفع به لما ذكرنا أن الإنسان قد يحتاج إلى المال لتجارة أربح أو غيره.

وما قال أبو يوسف أن النقد واجب عليه لا يصلح عوضًا، قلنا: فيعتبر واجبًا قبل الحط في المداينة، وبعد الشرط جعل عوضًا فيعتبر واجبًا مرةً أخرى؛

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٨/ ٤٢٨)، والبناية شرح الهداية للعيني (١٠/ ٢٨).
(٢) كذا في الأصل، وفي النسخة الثانية: (طلقني).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَهِيَ مُحْتَمِلَةٌ لِلشَّرْطِ لِوُجُودِ مَعْنَى الْمُقَابَلَةِ فِيهِ، فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الحَمْلِ عَلَى الْمُعَاوَضَةِ تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ، أَوْ لِأَنَّهُ مُتَعَارَفٌ، وَالإِبْرَاءُ مِمَّا يَتَقَيَّدُ بِالشَّرْطِ وَإِنْ كَانَ

ليصير عوضًا عن الحط فيبطل الحط بفواته؛ إذ الثابت يعتبر ثابتًا مرةً أخرى إذا [٢/ ٢٧٩/ب] أفاد اعتباره؛ كما لو ظاهر مرارًا صح؛ لما أن إثباته مرارًا يفيد شيئًا وهو وجوب الكفارة، فكذا هاهنا النقد وإن كان واجبًا قبل الصلح بالمداينة، ويعتبر واجبًا مرةً أخرى عوضًا ليبطل الحط بفواته.

فإن قيل: اعتبار وجوده مرةً أخرى ليصير عوضًا عن الحط موجود فيما لو قال: أبرأتك عن خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة غدًا.

قلنا: قال صدر الإسلام في جامعه: ينبغي أن يكون الجواب فيه عندهما هكذا أيضًا.

وفيه إشارة إلى أن للمنع مجالًا فيما إذا بدأ بالإبراء، ولئن سلم فالفرق أنه متى بدأ بالإبراء عن خمسمائة لا يصلح أن يكون نقد خمسمائة عوضًا مطلقًا؛ لكونه يصلح شرطًا، فوقع الشك في تقييده، بخلاف ما إذا بدأ بالأداء؛ لأن الإبراء حصل مقرونًا به، فمن حيث إنه يصلح عوضًا يقع مطلقًا، ومن حيث إنه يصلح شرطًا لا يقع مطلقًا، فلا يثبت الإطلاق بالشك.

قوله: (لوجود معنى المقابلة فيه)، أي: في الشرط؛ إذ الشرط يقابل الجزء، فجاز أن يكون يستعار كلمة المعاوضة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه.

قوله: (أو لأنه)، أي: لأن مثل هذا الشرط، وهو أن يكون تعجيل البعض مقيدًا بإبراء الباقي متعارف، والإبراء مما يتقيد إلى آخره والفرق بين التقييد والتعليق أن في التقييد لا يستعمل لفظ الشرط صريحًا، ولهذا لو قال: إن أديت، أو: متى، أو: إذا أديت، لم يصح التقييد، وفي التعليق يستعمل لفظ الشرط صريحًا، هذا من حيث اللفظ.

والفرق من حيث المعنى: أن في تقييد الإبراء بالشرط يحصل الإبراء في الحال بشرط وجود ما قيد به، وفي التعليق لا يحصل في الحال؛ لأن المعلق بالشرط معدوم قبله، فكان التقييد بمنزلة الإضافة إلى وقت، وبيانه مستقصى في أصول شمس الأئمة.

لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ كَمَا فِي الحَوَالَةِ، وَسَتَخْرُجُ البُدَاءَةُ بِالإِبْرَاءِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهَذِهِ المَسْأَلَةُ عَلَى وُجُوهٍ: أَحَدُهَا: مَا ذَكَرْنَاهُ. وَالثَّانِي: إِذَا قَالَ: صَالَحْتُك مِن الأَلْفِ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ تَدْفَعُهَا إِلَيَّ غَدًا وَأَنْتَ بَرِيءٌ مِن الفَضْلِ عَلَى أَنَّك إِنْ لَمْ تَدْفَعْهَا إِلَيَّ غَدًا فَالأَلْفُ عَلَيْك عَلَى حَالِهِ.

وَجَوَابُهُ: أَنَّ الأَمْرَ عَلَى مَا قَالَ، لِأَنَّهُ أَتَى بِصَرِيحِ التَّقْيِيدِ فَيُعْمَلُ بِهِ. وَالثَّالِثُ: إِذَا قَالَ أَبْرَأْتُك مِن خَمْسِمِائَةٍ مِن الأَلْفِ عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي الخَمْسَمِائَةِ غَدًا وَالإِبْرَاءُ فِيهِ وَاقِعٌ أَعْطَى الخَمْسَمِائَةِ أَوْ لَمْ يُعْطِ لِأَنَّهُ أَطْلَقَ الإِبْرَاءَ أَوَّلًا، وَأَدَاءُ الخَمْسِمِائَةِ لَا

ثم في مسألتنا لم يستعمل صريح لفظ الشرط، ولكن فيه معنى الشرط، فكذا سميناه تقييدًا لا تعليقًا، وتقييد الإبراء بمعنى الشرط جائز، وتعليق الإبراء بالشرط لا يجوز؛ لأن في الإبراء إسقاط حق شرعي، ومعنى التمليك أيضًا؛ لأنه تعالى سمى إبراء الدين تصدقًا في قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، والتصدق عبارة عن تمليك المال، ولهذا يرتد إبراء الدين بالرد كما في التمليكات.

ثم التمليك لا يصح تعليقه لما فيه من شبهة القمار، فقلنا: إذا صرح بلفظ الشرط لا يصح اعتبارًا لشبه التمليك، وإذا لم يصرح فيصح، ويصيرا تقييدًا عملًا بالشبهين بقدر الإمكان، إليه أشار في جامع قاضي خان(١).

قوله: (كما في الحوالة)؛ فإنها إبراء مقيد بشرط السلامة، حتى لو مات المحتال عليه مفلسًا يعود الدين إلى ذمة المحيل، سواء كانت الحوالة مقيدة أو مطلقة.

وقوله: (وستخرج البُداءة)، جواب عما قاسه أبو يوسف، والتخريج الذي وعده يجيء في **قوله: (والثالث إذا قال)** إلى آخره، وقد نقلنا الفرق أيضًا بين الإبداء بالإبراء، وبين عدم الإبراء به من جامع صدر الإسلام.

قوله: (وجوابه أن الأمر على ما قال)، أي: بالإجماع.

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٨/ ٤٢٩).

يَصْلُحُ عِوَضًا مُطْلَقًا، وَلَكِنَّهُ يَصْلُحُ شَرْطًا فَوَقَعَ الشَّكُّ فِي تَقْيِيدِهِ بِالشَّرْطِ فَلَا يَتَقَيَّدُ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إذَا بَدَأَ بِأَدَاءِ خَمْسِمِائَةٍ، لِأَنَّ الإِبْرَاءَ حَصَلَ مَقْرُونًا بِهِ، فَمِن حَيْثُ إنَّهُ لَا يَصْلُحُ عِوَضًا يَقَعُ مُطْلَقًا، وَمِن حَيْثُ إنَّهُ يَصْلُحُ شَرْطًا لَا يَقَعُ مُطْلَقًا فَلَا يَثْبُتُ الإِطْلَاقُ بِالشَّكِّ فَافْتَرَقَا. وَالرَّابِعُ: إذَا قَالَ: أَدِّ إلَيَّ خَمْسَمِائَةٍ عَلَى أَنَّك بَرِيءٌ مِن الفَضْلِ وَلَمْ يُوَقِّتْ لِلْأَدَاءِ وَقْتًا. وَجَوَابُهُ: أَنَّهُ يَصِحُّ الإِبْرَاءُ وَلَا يَعُودُ الدَّيْنُ، لِأَنَّ هَذَا إبْرَاءٌ مُطْلَقٌ، لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُوَقِّتْ لِلْأَدَاءِ وَقْتًا لَا يَكُونُ الأَدَاءُ غَرَضًا صَحِيحًا، لِأَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فِي مُطْلَقِ الأَزْمَانِ فَلَمْ يَتَقَيَّدْ، بَلْ يُحْمَلُ عَلَى المُعَاوَضَةِ وَلَا يَصْلُحُ عِوَضًا، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، لِأَنَّ الأَدَاءَ فِي الغَدِ غَرَضٌ صَحِيحٌ. وَالخَامِسُ: إذَا قَالَ: إنْ أَدَّيْت إلَيَّ خَمْسَمِائَةٍ، أَوْ قَالَ: إذَا أَدَّيْت أَوْ مَتَى أَدَّيْت.

فَالجَوَابُ: فِيهِ: أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الإِبْرَاءُ، لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ بِالشَّرْطِ صَرِيحًا، وَتَعْلِيقُ البَرَاءَاتِ بِالشُّرُوطِ بَاطِلٌ لِمَا فِيهَا مِن مَعْنَى التَّمْلِيكِ حَتَّى يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، لِأَنَّهُ مَا أَتَى بِصَرِيحِ الشَّرْطِ فَحُمِلَ عَلَى التَّقْيِيدِ بِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: لَا أُقِرُّ لَك بِمَالِك حَتَّى تُؤَخِّرَهُ عَنِّي، أَوْ تَحُطَّ عَنِّي،

(فوقع الشك في تقييده)، أي تقييد الإبراء بالشرط، ثم عند الشافعي(١)، وأحمد(٢): إذا أبرأه عن بعض حقه، أو وهبه بعضه على أن يوفي ما بقي لم يجز، سواء كان معلقًا، أو مقيدًا، أما لو قال: وهبتك بعضها فأعطني بقيتها يصح، أما لو قال: وهبتك بعضه بشرط أن توفي الباقي، لا يصح.

ولو قال: صالحتك بشرط أن توفيني، لم يصح الصلح عند بعض أصحاب الشافعي(٣)، وبعض أصحاب أحمد، وعند أكثرهم يجوز الصلح؛ لأن معنى الصلح على ما لم يصح عوضًا الاتفاق والرضا، ويحصل هذا بغير عوض، كذا في المغني لابن قدامة(٤).

---

(١) انظر: الأم للشافعي (٧/ ٧٩)، وكفاية النبيه لابن الرفعة (١٠/ ٥٨).
(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٣٦١)، والشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة (٥/ ٣).
(٣) انظر: كفاية النبيه لابن الرفعة (١٠/ ٥٨).
(٤) المغني لابن قدامة (٤/ ٣٦٣).

فَفَعَلَ جَازَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُكْرَهٍ، وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ إِذَا قَالَ ذَلِكَ سِرًّا، أَمَّا إِذَا قَالَ عَلَانِيَةً يُؤْخَذُ بِهِ.

فَصْلٌ في الدَّيْنِ المُشْتَرَكِ

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، فَصَالَحَ أَحَدُهُمَا مِن نَصِيبِهِ عَلَى ثَوْبٍ،

قوله: (ففعل)، أي أخَّر دينه، أو حطّ شيئًا من دينه جاز عليه أن هذا التصرف وهو التأخير، أو الحط جار على رب الدين حتى لا يتمكن من مطالبته في الحال، ولا مطالبة ما حط عنه.

وعند الشافعي وأحمد يتمكن؛ لأن الدين الحال لا يتأجل بتأجيل صاحبه.

(لأنه)، أي: رب الدين **(ليس بمكره)**؛ لأنه يمكنه دفع هذا بإقامة البينة، أو بالتحليف فينكل، ألا ترى أن الصلح على الإنكار يجوز فلا يتحقق فيه معنى الإكراه لما قلنا، فكان هذا تصرفًا في حق نفسه باختيار صحيح فيلزمه موجبه، غاية ما في الباب أنه مضطر في هذا التصرف؛ لأنه لا يقر بدونه.

قلنا: تصرف المضطر نافذ كتصرف غيره، ألا ترى أن من أصابه جوع فباع عينًا من أعيان ماله بطعام ليأكله جاز وإن كان مضطرًّا فيه، فكذا إذا أخَّر، أو حط، إليه أشار المرغيناني، والمحبوبي[1].

[٢/ ٢٨٠/أ] **قوله: (يؤخذ به)**، أي: يؤخذ المقر بالمال في الحال بلا خلاف؛ لأنه أقر منه بالحق.

فَصْلٌ فِي الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ

لما ذكر حكم الدين المفرد شرع في المشترك؛ لأن الاثنين يتلو الواحد أبدًا.

قوله: (إذا كان الدين بين شريكين) إلى آخره، وضع المسألة في الدين؛ لأن في العين المشترك إذا صالح أحدهما عن نصيبه على مالٍ لم يشركه الآخر بلا خلاف بين العلماء، سواء كان المدعى عليه منكرًا أو مقرًّا؛ لأن الصلح

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٨/ ٤٣١).

فَشَرِيكُهُ بِالخِيَارِ، إنْ شَاءَ اتَّبَعَ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِنِصفِهِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الثَّوْبِ، إلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ رُبُعَ الدَّيْنِ) وَأَصْلُ هَذَا: أَنَّ الدَّيْنَ المُشْتَرَكَ بَيْنَ اثْنَيْنِ إذَا قَبَضَ أَحَدُهُمَا شَيْئًا مِنهُ فَلِصَاحِبِهِ أَنْ يُشَارِكَهُ فِي المَقْبُوضِ، لِأَنَّهُ ازْدَادَ بِالقَبْضِ، إذْ مَالِيَّةُ الدَّيْنِ بِاعْتِبَارِ عَاقِبَةِ القَبْضِ، وَهَذِهِ الزِّيَادَةُ رَاجِعَةٌ إلَى أَصْلِ الحَقِّ فَتَصِيرُ كَزِيَادَةِ الوَلَدِ وَالثَّمَرَةِ وَلَهُ حَقُّ المُشَارَكَةِ، وَلَكِنَّهُ قَبْلَ المُشَارَكَةِ بَاقٍ عَلَى مَالِكِ القَابِضِ، لِأَنَّ العَيْنَ غَيْرُ الدَّيْنِ حَقِيقَةً وَقَدْ قَبَضَهُ بَدَلًا عَنْ حَقِّهِ فَيَمْلِكُهُ حَتَّى يَنْفُذَ تَصَرُّفُهُ فِيهِ وَيَضْمَنَ لِشَرِيكِهِ حِصَّتَهُ، وَالدَّيْنُ المُشْتَرَكُ يَكُونُ وَاجِبًا بِسَبَبٍ مُتَّحِدٍ، كَثَمَنِ المَبِيعِ إذَا كَانَ صَفْقَةً وَاحِدَةً ....

بإقرارٍ معاوضة فيجوز، وبإنكارٍ معاوضة في زعم المدعي، وفداء يمين في زعم المدعى عليه، فلا يثبت للشريك حق الشركة.

وقيد بالصلح بالثوب ليستقيم خيار القابض؛ فإنه لو صالح على جنس حقه من الدراهم، أو الدنانير، أو أخذ نصيبه من هذين الجنسين فالخيار لشريكه لا للقابض، ذكره في المبسوط[1].

قوله: **(لأنه)**، أي الدين **(ازداد بالقبض)**؛ لأنه صار عينًا، والعين خير من الدين.

قوله: **(ولكنه)**، أي المقبوض، **(باقٍ)** إلى آخره، جواب سؤال مقدر وهو أن يقال: لو كانت زيادة الدين بالقبض كالتمر والولد ينبغي أن لا يجوز تصرف القابض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض؛ لأنه غير الدين، وقبضه بدلًا عن حقه فيملكه لأنه باشر سبب الملك وهو المعاوضة؛ إذ الصلح عليه كالمعاوضة؛ لأنه غير جنس حقه فيجوز تصرفه فيه هبةً، وقضاء دين عن غريمه.

قوله: **(إذا كان صفقة واحدة)**، قيد به لأنه لو باع أحدهما نصيبه بخمسمائة، والآخر نصيبه بخمسمائة، وكتبا عليه صكًّا واحدًا بألف، ثم قبض أحدهما شيئًا لم يكن للآخر أن يشاركه، كما لو أقرضه أحدهما خمسمائة، والآخر كذلك وكتبا صكًّا واحدًا بألف.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٢١/ ٤٠).

وَثَمَنِ المَالِ المُشْتَرَكِ وَالمَوْرُوثِ بَيْنَهُمَا وَقِيمَةِ المُسْتَهْلَكِ المُشْتَرَكِ. إِذَا عَرَفْنَا هَذَا فَنَقُولُ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ: لَهُ أَنْ يَتْبَعَ الَّذِي عَلَيْهِ الأَصْلُ، لِأَنَّ نَصِيبَهُ بَاقٍ فِي ذِمَّتِهِ، لِأَنَّ القَابِضَ قَبَضَ نَصِيبَهُ لَكِنَّ لَهُ حَقَّ المُشَارَكَةِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الثَّوْبِ، لِأَنَّ لَهُ حَقَّ المُشَارَكَةِ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ رُبُعَ الدَّيْنِ، لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ذَلِكَ. قَالَ: (وَلَوْ اسْتَوْفَى نِصْفَ نَصِيبِهِ مِن الدَّيْنِ كَانَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يُشَارِكَهُ فِيمَا قَبَضَ) لِمَا قُلْنَا (ثُمَّ يَرْجِعَانِ عَلَى الغَرِيمِ بِالبَاقِي) لِأَنَّهُمَا لَمَّا اشْتَرَكَا فِي المَقْبُوضِ لَا بُدَّ أَنْ يَبْقَى البَاقِي عَلَى الشَّرِكَةِ.

قَالَ: (وَلَوْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِهِ مِن الدَّيْنِ سِلْعَةً، كَانَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يُضَمِّنَهُ رُبُعَ الدَّيْنِ) لِأَنَّهُ صَارَ قَابِضًا حَقَّهُ بِالمُقَاصَّةِ كَامِلًا، لِأَنَّ مَبْنَى البَيْعِ عَلَى المُمَاكَسَةِ بِخِلَافِ الصُّلْحِ، لِأَنَّ مَبْنَاهُ عَلَى الإِغْمَاضِ وَالحَطِيطَةِ، فَلَوْ أَلْزَمْنَاهُ دَفْعَ رُبْعِ الدَّيْنِ

ولا بد من قيد آخر وهو أن لا يزاد على هذا ويقول: إذا كانت صفقة واحدة ونصيب أحدهما أكثر، ثم قبض أحدهما شيئًا لم يكن للآخر أن يشاركه حتى يستوفي الزيادة، وكذا لو كان نصيب أحدهما دراهم بخية، ونصيب الآخر سود فقبض السود لم يكن للآخر أن يشاركه، ذكره في المبسوط(١).

وفي التتمة، والذخيرة: فالحيلة ألا يشاركه الآخر فيما قبض، قال: يصير نهبُ الغريم له مقدار حصته ويقبض أحد الشريكين، ثم يبرئ الغريم من حصته، وقال أبو بكر: يبيع أحد الشريكين من المطلوب كفًّا من زبيب بمقدار حصته من الدين ويسلم إليه الزبيب، ثم يبرئ الغريم ويطالبه بثمن الزبيب ويأخذ منه(٢).

وقوله: (لأن مبنى البيع على المماكسة)، تعليل لقوله **(صار قابضًا حقه كاملًا)** فيكون لشريكه أن يرجع عليه بربع الدين، بخلاف الصلح؛ لأن مبناه على الحطيطة والإغماض ولهذا لم يملك بيعه مرابحة فكأن المصالح بالصلح أبرأه عن بعض حقه وقبض البعض، فلو ألزمنا دفع ربع الدين يتضرر به المُصالح؛ لأنه لم يستوف نصف الدين كاملًا فلذلك خيرناه.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢١/ ٤١).

(٢) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٦/ ٤٨).

يَتَضَرَّرُ بِهِ فَيَتَخَيَّرُ القَابِضُ كَمَا ذَكَرْنَاه، وَلَا سَبِيلَ لِلشَّرِيكِ عَلَى الثَّوْبِ فِي البَيْعِ، لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِعَقْدِهِ وَالِاسْتِيفَاءِ بِالمُقَاصَّةِ بَيْنَ ثَمَنِهِ وَبَيْنَ الدَّيْنِ.

وَلِلشَّرِيكِ أَنْ يَتْبَعَ الغَرِيمَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ذِمَّتِهِ بَاقٍ، لِأَنَّ القَابِضَ اسْتَوْفَى نَصِيبَهُ حَقِيقَةً، لَكِنَّ لَهُ حَقَّ المُشَارَكَةِ فَلَهُ أَنْ لَا يُشَارِكَهُ، فَلَوْ سَلَّمَ لَهُ مَا قَبَضَ ثُمَّ تَوَى مَا عَلَى الغَرِيمِ، لَهُ أَنْ يُشَارِكَ القَابِضَ، لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالتَّسْلِيمِ لِيُسَلِّمَ لَهُ مَا فِي ذِمَّةِ الغَرِيمِ وَلَمْ يُسَلِّمْ، وَلَوْ وَقَعَتْ المُقَاصَّةُ بِدَيْنٍ كَانَ عَلَيْهِ ....

وقوله: (كما ذكرنا)، إشارة إلى قوله **(إلا أن يضمن له شريكه)**[1]، أي: إلا أن يضمن شريك القابض للساكت ربع الدين.

قوله: (والاستيفاء) بالرفع **(بالمقاصة)**، جواب سؤال وهو أن يقال: ينبغي أن يكون الثوب مشتركًا لحصوله بدين مشترك؟

فقال: ليس بدين مشترك، بل بدينه الخاص بطريق المقاصة، ولا يقال في المقاصة قسمة الدين قبل القبض وذا لا يجوز؛ لأنا نقول: قسمته قبل القبض لا يجوز قصدًا، أما ضمنا فيجوز، وهاهنا وقعت في ضمن الشراء كما وقعت في المسألة الأولى في ضمن صحة الصلح.

قوله: (في جميع ما ذكرنا)، وهو الصلح من نصيبه بثوب، أو استيفائه، أو شرائه سلعة.

(لكن له)، أي للشريك الساكت.

(فلو سلم)، أي: الشريك الساكت، **(له)**، أي: للقابض **(ما قبض)**، وهو الثوب الذي هو بدل الصلح، أو الثوب المشترى، أو الدراهم والدنانير، **(ثم توى ما على الغريم)** بأن مات مفلسًا كان له أن يرجع على شريكه، كما لو مات المحتال عليه مفلسًا كان للمحتال له أن يرجع على المحيل.

وفي الإيضاح: إلا أنه ليس له أن يرجع في عين تلك الدراهم، وللقابض أن يمسكها ويعطيه مثلها؛ لأن حقه سقط عن ذلك العين بالتسليم، فإذا توى حقه كان حقه في مثله لا في عينه.

قوله: (بدين كان عليه)، أي على أحد الشريكين.

---

(١) انظر المتن ص ٤٤.

مِن قَبْلُ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ الشَّرِيكُ، لِأَنَّهُ قَاضٍ بِنَصِيبِهِ لَا مُقْتَضٍ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ عَنْ نَصِيبِهِ: فَكَذَلِكَ، لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ وَلَيْسَ بِقَبْضٍ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ عَنْ البَعْضِ: كَانَتْ قِسْمَةُ البَاقِي عَلَى مَا بَقِيَ مِن السِّهَامِ، وَلَوْ أَخَّرَ أَحَدُهُمَا عَنْ نَصِيبِهِ صَحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ اعْتِبَارًا بِالإِبْرَاءِ المُطْلَقِ، وَلَا يَصِحُّ عِنْدَهُمَا(*)، لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى قِسْمَةِ الدَّيْنِ قَبْلَ القَبْضِ، ....

(من قبل) [٢/ ٢٨٠/ب] أي: قبل الدين المشترك بأن أقر أحد الشريكين أن للمديون عليه دينًا قبل ثبوت الدين للمشترك.

(**لأنه**)، أي: القابض (**قاض**)، أي: مُؤَدٍّ دينه (**بنصيبه لا مقتض**)، أي: لا مستوفٍ دينه، ولما أن آخر الدينين يصير قضاء عن أولهما.

قوله: (**لأنه**)، أي: الإبراء (**إتلاف وليس بقبض**)، فلم يزدد له شيء بالبراءة فلا يرجع عليه.

قوله: (**على ما بقي من السهام**)؛ لأن الحق عاد إلى هذا القدر.

قوله: (**ولا يصح عندهما**)، ما ذكره الشيخ من صفة الاختلاف مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط، والأسرار، والإيضاح وغيرها، حيث ذكر فيها قول محمد مع قول أبي يوسف(١).

ثم هذا الاختلاف في إنشاء التأخير، أما لو أقر أحد الشريكين أن الدين مؤجل وأنكر الآخر صح إقراره في نصيبه بالإجماع.

وفي المبسوط: وهو حجة أبي يوسف ومحمد فإنهما يقيسان الإنشاء على الإقرار.

قوله: (**لأنه**)، أي: التأخير، (**يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض**)، وذا لا يجوز، وهذا لأن نصيب أحدهما يصير مخالفًا لنصيب الآخر وصفًا وحكمًا.

أما وصفًا: فإن أحدهما معجل، والآخر مؤجل.

وأما حكمًا: فلساكت أن يطالب بنصيبه لا للآخر، والقسمة ليست إلا أن

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٢١/ ٣٧).

....

يتميز أحدهما عن الآخر، وقد صار كذلك، إليه أشار في المبسوط[(١)].

قال في الأسرار: عامة مشايخنا يحتجون في المسألة بقسمة الدين قبل القبض، وهذا كلام ظاهر الاختلال؛ لأن أبا يوسف ومحمدًا يقولان: التأجيل لا يوجب القسمة؛ لأنه تصرف في المطالبة، فأصل الدين يبقى على ما كان مشتركًا، فتغير صفة الدين وهو المطالبة، وتغير صفة النصيب لا يدل على انقطاع الشركة.

ألا ترى أن أحدهما لو أقر بأن نصيبه لفلان صح وقد تغير صفة الملك؛ فإنه كان مضافًا إليه، والآن صار مضافًا إلى غيره، وكذا لو كان عينًا لا تحتمل القسمة فوهب أحدهما نصيبه لأجنبي وسلم صح، والشركة باقية.

لكن قال شمس الأئمة السرخسي: أن نصيب أحدهما يصير مخالفًا لنصيب الآخر وصفًا وحكمًا[(٢)]، إلى آخر ما ذكرنا، وبهذا تتحقق الشركة.

قال في النهاية:

وَالْـقَـوْل مَـا قَـالَـتْ حَـذَامِ[(٣)]

فإن قيل: لم جعل أبو حنيفة الإبراء المطلق قسمة الدين قبل القبض مع أن التميز حاصل لأحد النصيبين.

قلنا: لا يلزم من إبراء نصيبه قسمة الدين قبل القبض؛ لأنه لا يبقى نصيبه بعد الإبراء أصلًا، والقسمة تكون مع بقاء نصيبهما.

أما في التأخير يبقى، ولأن في جواز التأخير إضرار لشريكه، وأحد الشريكين إذا تصرف في نصيبه على وجه يُلْحِقُ الضرر بآخر لم ينفذ تصرفه في حق شريكه، كما لو كاتب أحدهما نصيبه في العبد المشترك كان للآخر أن يبطل الكتابة.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٣٨/٢١).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (٣٨/٢١).

(٣) النهاية للسغناقي - مجلد: بقية الدعوة، الصلح - (ص ٢٦٠).

والبيت للُجَيم بن صَعْب بن علي بن بكر بن وائل قاله مدحًا في قرار امرأته حَذَامِ بنت العتيك بن أسلم. انظر: مجمع الأمثال (١/ ١٨٠).

وَلَوْ غَصَبَ أَحَدُهُمَا عَيْنًا مِنهُ أَوْ اشْتَرَاهَا شِرَاءً فَاسِدًا وَهَلَكَ فِي يَدِهِ: فَهُوَ قَبْضٌ، وَالِاسْتِئْجَارُ بِنَصِيبِهِ قَبْضٌ، وَكَذَا الإِحْرَاقُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ ﵀ خِلَافًا لِأَبِي

وبيان الضرر في التأخير أنه يجعل مؤنة المطالبة بجميع الدين على شريكه؛ لأن الساكت إذا استوفى نصيبه فهو يشاركه عند حلول الأجل في المقبوض فلا يزال يفعل هكذا حتى تكون المطالبة في جميع الدين على شريكه، وفيه من الضرر ما لا يخفى، بخلاف الإبراء فإنه ليس يتضرر به شريكه؛ لأنه لا يشاركه فيما قبض بعد ذلك.

وإنما لا يجوز قسمة الدين قبل القبض؛ لأن في القسمة معنى التمليك؛ لأن ما يأخذ أحدهما بعضه كان له، وبعضه كان لشريكه فهو يأخذه عما بقي من حقه في نصيب صاحبه.

وتمليك الدين لغير من عليه الدين لا يصح؛ لأن في ذلك نقلًا للوصف من محل إلى محل آخر، والانتقال على الأوصاف محال، والدين وصف شرعي يظهر أثره عند المطالبة، إليه أشار في المبسوط[١].

قوله: (فهو قبض)؛ لأن الضمان يجب عند الهلاك مستندًا إلى سببه فثبت الملك فله أن يضمنه.

(والاستئجار قبض)، حتى يرجع إليه شريكه عندهم لحصول القبض بالمقاصة.

في المبسوط: استأجر بنصيبه دارًا من الغريم وسكنها، يرجع الشريك عليه بنصف نصيبه، وروى ابن سماعة، عن محمد: هذا إذا استأجر بخمسمائة مطلقًا، أما لو استأجر بحصته من الدين لا يرجع الآخر عليه بشيء، وجعل هذا بمنزلة النكاح؛ لأن المنفعة ليست بمال مطلقًا، فإذا كان بدل نصيبه المنفعة لا يضمن باعتباره مالًا مطلقًا لشريكه[٢].

قوله: (وكذا الإحراق)، وفي بعض النسخ: (وكذا الإصداق)، ولكن في المبسوط وغيره: (الإحراق)، ولأنه عطف عليه.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٢١/ ٣٨).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (٢١/ ٤٣).

يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالتَّزَوُّجُ بِهِ إِتْلَافٌ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَكَذَا الصُّلْحُ عَلَيْهِ مِن جِنَايَةِ العَمْدِ.

قوله: (والتزوج به)، أي بنصيبه **(إتلاف)**، فيجب أن يكون المعطوف غير المعطوف عليه قبل المسألة المختلف فيها ما إذا رمى بالنار على ثوب المديون فأحْرَقَهُ [٢/ ٢٨١/أ]، أما إذا أخذ الثوب ثم أحرقه فالساكت يتبع المحرق بالإجماع؛ لأنه حينئذ يكون الاستهلاك بعد الغصب، وقد ذكر حكم الغصب لمحمد أن بالإحراق صار قابضًا متلفًا لمال مضمون كالغصب، فيصير المحرق مستوفيًا نصيبه بطريق المقاصة، وأبو يوسف يقول: إنه متلف نصيبه لا قابضًا.

قوله: (والتزوج به)، أي: بنصيبه **(إتلاف)** في ظاهر الرواية، وإنما قيد به لأنه لو تزوج أحدهما المديونة على خمسمائة ونصيبه خمسمائة، ولكن لم يضف النكاح إلى الدين فإن الساكت يرجع عليه؛ لأنه صار مستوفيًا بطريق المقاصة.

أما لو أضافه إلى الدين فالنكاح يتعلق به فيسقط بنفس القبول، فصار بمنزلة الإبراء، وهناك لا يتبع فكذا هنا، كذا في مبسوط شيخ الإسلام[١].

وبقوله: (في ظاهر الرواية)، يحترز عن رواية بشر عن أبي يوسف أنه يرجع بنصف حقه لوقوع القبض بطريق المقاصة.

وجه الظاهر أنه لم يسلم له شيء يمكنه المشاركة فيه؛ إذ البضع لا يحتمل الشركة، فلم يظهر معنى الزيادة فصار كما [لو][٢] أبرأ.

قوله: (وكذا الصلح عن جناية العمد)، أي: الصلح عن جناية العمد إتلاف لا قبض؛ لأنه لم يملك شيئًا بمقابلته يمكن المشاركة فيها فصار إتلافًا لنصيبه فلا يرجع.

وقيل: قيد بجناية العمد لأن في جناية الخطأ يرجع، ولكن ذكر في الإيضاح مطلقًا فقال: ولو شج المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يرجع شريكه بشيء؛ لأن الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح[٣].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٢١/ ٤٢).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٨/ ٤٣٧)، والبناية شرح الهداية للعيني (١٠/ ٣٦).

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ السَّلَمُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، فَصَالَحَ أَحَدُهُمَا مِن نَصِيبِهِ عَلَى رَأْسِ المَالِ: لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ الصُّلْحُ) اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الدُّيُونِ، وَبِمَا إِذَا اشْتَرَيَا عَبْدًا فَأَقَالَ أَحَدُهُمَا فِي نَصِيبِهِ. وَلَهُمَا: أَنَّهُ لَوْ جَازَ فِي نَصِيبِهِ خَاصَّةً يَكُونُ قِسْمَةُ الدَّيْنِ فِي الذِّمَّةِ، وَلَوْ جَازَ فِي نَصِيبِهِمَا لَا بُدَّ مِن إِجَازَةِ الآخَرِ بِخِلَافِ شِرَاءِ العَيْنِ، وَهَذَا لِأَنَّ المُسْلَمَ فِيهِ صَارَ وَاجِبًا بِالعَقْدِ، وَالعَقْدُ قَامَ

قوله: (وإذا كان السَّلَمُ)، أي المسلم فيه بين الشريكين.

(فصالح من نصيبه) أي: من نصيبه من المسلم فيه على أن يأخذ نصيبه من رأس المال ويفسخ لعقد السلم في نصيبه.

(لم يجز عندهما) أي: بدون إجازة الشريك، والحاصل أن الصلح يتوقف عندهما على إجازة صاحبه، فإن أجازه نفذ عليهما كأنهما صالحاه، وكان ما قبض بينهما، وما بقي من السلم بينهما، وإن رده يبطل أصلًا، وبقي المسلم فيه كله بينهما.

وعند أبي يوسف يجوز صلحه، أجاز صاحبه أو لم يجز، وصاحبه بالخيار إن شاء شاركه فيما قبض، ثم يتبعان المطلوب فيما بقي، وإن شاء أتبع المطلوب بحقه له أنه دين، فيجوز صلحه كسائر الديون، ويخير الساكت؛ لأنه عاقد فيملك الفسخ في نصيبه كما لو اشتريا عبدًا فأقال أحدهما في نصيبه فإنه يجوز بدون رضا الآخر.

قوله: (بخلاف العبد والإقالة فيه)، وهذا جواب عما قال: **(كما لو اشتريا عبدًا)** إلى آخره؛ لأن ذلك يصرف في الحكم في حالة البقاء فلم يكن متعديًا إلى إبطال العقد؛ إذ الحكم في حالة البقاء يستغني عن العقد، وهنا التصرف في إبطاله واقع في العقد وهو منعقد بهما، فلا يجوز أن ينفرد بالإبطال باعتبار تصرفه في حكمه في حال ثبوته إدخاله الدين كحالة الوجود إلى أن يقبض، والحكم يفتقر إلى العلة ثبوتًا.

قوله: (فصار واجبًا بالعقد)، أي: موجودًا بالعقد دين يثبت بالعقد، وقبل العقد لم يكن موجودًا، فكان تصرف أحدهما كشطر العلة، وبشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم ما لم يتم ذلك الشطر الآخر.

بِهِمَا فَلَا يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِرَفْعِهِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ جَازَ لَشَارَكَهُ فِي الْمَقْبُوضِ، فَإِذَا شَارَكَهُ فِيهِ رَجَعَ الْمُصَالِحُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ بِذَلِكَ فَيُؤَدِّي إِلَى عَوْدِ السَّلَمِ بَعْدَ سُقُوطِهِ. قَالُوا: هَذَا إِذَا خَلَطَا رَأْسَ الْمَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا قَدْ خَلَطَاهُ فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، هُوَ عَلَى الْخِلَافِ، وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي: هُوَ عَلَى الِاتِّفَاقِ.

وحاصله أنهما اعتبرا جانب العقد؛ لأن به يصير المُسلم فيه موجودًا بخلاف شراء العين؛ فإنه موجود قبل العقد، وأبو يوسف [اعتبر][1] جانب الدين، فما قاله أبو يوسف ظاهر؛ لأن المسلم فيه دين كسائر الديون، وما قالاه أدق في الفرق، كذا في المبسوط، والأسرار[2].

قوله: **(رجع المصالح على من عليه)**، يعني لو جاز الصلح بغير رضا الآخر لشاركه الساكت في المقبوض، فإذا شاركه كان ما بقي من المسلم فيه مشتركًا بينهما، وقد سقط بالصلح حق المُصالح في المسلم فيه، ويقدر في رأس المال، فلا يجوز أن يعود حقه بعد ذلك في المسلم فيه؛ لأنه لو عاد لعاد بعد بطلان الإقالة، والإقالة في باب السلم تحتمل الإبطال.

قوله: **(قالوا)**، أي: المشايخ هذا إذا خلطا رأس المال وعقدا السلم، أما إذا لم يخلطا وعقدا السلم، وصالح أحدهما على رأس المال بغير إجازة، فعلى الوجه الأول وهو: **(أنه لو جاز لشاركه) إلى آخره**.

(على الاتفاق)، أي: جائز بلا خلاف، وجوابهما كجواب أبي يوسف؛ لأن ذلك إنما يتحقق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح في المقبوض، وليس له حق المشاركة، هذا إذا لم يكن بينهما شركة فيما نقدا من رأس المال، والصحيح أن الخلاف في الفصلين ثابت، إلا أن عدم جواز [٢/ ٢٨١/ب] الصلح ثم لعلتين، وهنا بعلة واحدة، كذا في الكافي.

وذلك لأن طعام المسلم وجب بالعقد مشتركا بينهما والعقد صفقة واحدة فيشارك أحدهما صاحبه فيما قبض من الدين المشترك بينهما[3].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (٢١/ ٤٤).
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي (٢١/ ٥١).

فَصْلٌ في التَّخَارُجِ

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ الشَّرِكَةُ بَيْنَ وَرَثَةٍ، فَأَخْرَجُوا أَحَدَهُمْ مِنهَا بِمَالٍ أَعْطَوْهُ إِيَّاهُ، وَالتَّرِكَةُ عَقَارٌ أَوْ عُرُوضٌ، جَازَ قَلِيلًا كَانَ مَا أَعْطَوْهُ إِيَّاهُ أَوْ كَثِيرًا) لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ بَيْعًا ....

وفي النهاية: إنما وقع الاختلاف بين المتأخرين في أن اختلاف المتقدمين في صورة الخلط، أو الإطلاق بسبب وضع المبسوط؛ فإن محمدًا ذكر هذه المسألة في البيوع على الاختلاف مع ذكر الخلط(١)، وذكرها في باب الصلح في السلم مع تصريح عدم الخلط.

فَصْلٌ فِي التَّخَارُجِ

أخَّر هذا لوقوعه بعد الحياة فلأن الصلح في التركة قليل الوقوع.

ثم التخارج لغة: إخراج كل واحد من الرفقة نفقة على قدر نفقة صاحبه، كذا في الصحاح(٢).

وشرعًا: إخراج بعض الورثة عما يستحقه من التركة بمال يدفع إليه.

وسببه: طلب الخارج من الورثة عند رضا غيره.

وشرطه: أن لا تكون التركة مشغولًا بالدين كلها، أو بعضها، وأن يكون ما أعطاه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس.

وشرطه عند البعض أيضًا: أن يكون أعيان التركة معلومة بأنها من أي جنس هي عند الصلح.

قوله: (أمكن تصحيحه بيعًا)، وإنما تعين البيع فيه للجواز دون الإبراء عما زاد من نصيبه؛ لأن الإبراء عن الأعيان غير المضمونة لا يصح فتعين البيع.

فإن قيل: لو كان تصحيحه على وجه البيع لشرط معرفة مقدار حصة المخرج من التركة، وفي هذا الصلح ذلك ليس بشرط بالاتفاق، ذكره في التتمة.

قلنا: هذا بيع لا يحتاج فيه إلى التسليم، وفي مثله لا يحتاج إلى معرفة

---

(١) انظر: المبسوط لمحمد بن الحسن (٥/ ٨٢).

(٢) الصحاح تاج اللغة للجوهري (٢/ ٥٤٦).

وَفِيهِ أَثَرُ عُثْمَانَ، ....

مقداره، كما لو أقر أنه غصب من فلان، أو أودعه فلان شيئًا، ثم المقر اشترى ذلك الشيء من فلان جاز وإن كانا لا يعرفان مقداره، ذكره في الذخيرة.

وهذه هي المسألة التي ذكرها في آخر الكتاب **بقوله**: (لكنها أعيان غير معلومة).

قوله: **(وفيه أثر عثمان)**، إلى آخره، روي عن عمرو بن دينار: كان لابن عوف أربع نسوة، فصالح عثمان إحدى نسائه تماضر كان طلقها في المرض على ثلاثة وثمانين ألف دينار، ذكره في كتب الحديث[(١)].

وفي المبسوط: بعث النبي ﷺ عبد الرحمن وتحته سرية مائتي رجل إلى قتال بعض المشركين، فذهب وهزمهم وغلبهم، وكتب إلى النبي عليه الصلاة والسلام وسأل أن يتزوج ابنة ملكهم تماضر وهي أم سلمة بن عبد الرحمن، فتزوجها وطلقها في مرضه الذي مات فيه، فجعل عثمان لها الميراث في ماله، ثم صالحها الورثة على ثلاثة وثمانين ألفًا، ولم يروا أنها كانت ألف دينار.

واختلفت الصحابة في ميراثها منه، وله أربع نسوة وأولاد، وحظها من ميراث النساء ربع الثمن، فصالحها على نصف حقها وكان ذلك بمحضر من الصحابة فحلَّ محلَّ الإجماع، فهذا دليل ثروة عبد الرحمن، وكان قد قاسم ماله في حياته أربع مرات، في كل مرة تصدق بنصفه وأمسك بنصفه، فيدل ذلك على أنه لا بأس بجمع المال، واكتساب الغنى من الحل؛ فإن عبد الرحمن من عِلْيةِ الصحابة، والعشرة المُبشّرة، ولكن تَركُ الجمعِ والاستكثار وإنفاق المال أولى؛

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في السنن (١٩٥٩) عن عمر بن أبي سلمة، عن أبيه قال: قال عبد الرحمن بن عوف: لا تسألني امرأة الطلاق إلا طلقتها، فغارت تماضر بنت الأصبغ، فأرسلت إليه تسأله طلاقها، فقال للرسول: قل لها: إذا حاضت فلتؤذِنِّي، فحاضت، فأرسلت إليه فقال للرسول: قل لها إذا طهرت فلتؤذِنِّي، فطهرت، فأرسلت إليه وهو مريض، فغضب، وقال أيضًا: هي طالق ألبتة، لا رجع إليها، فلم يلبث إلا يسيرًا حتى مات.

فقال عبد الرحمن: لا أورث تماضر شيئًا، فارتفعوا إلى عثمان بن عفان ﷺ، وكان ذلك في العدة فورَّثها منه، فصالحوها من نصيبها ربع الثمن على ثمانين ألفًا فما أوفوها.

فَإِنَّهُ صَالَحَ تَمَاضُرَ الأَشْجَعِيَّةَ امْرَأَةَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ ﷺ عَنْ رُبُعِ ثُمَنِهَا عَلَى ثَمَانِينَ أَلْفَ دِينَارٍ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَتْ التَّرِكَةُ فِضَّةً، فَأَعْطَوْهُ ذَهَبًا أَوْ كَانَ ذَهَبًا فَأَعْطَوْهُ فِضَّةً، فَهُوَ كَذَلِكَ) لِأَنَّهُ بَيْعُ الجِنْسِ، بِخِلَافِ الجِنْسِ فَلَا يُعْتَبَرُ التَّسَاوِي، وَيُعْتَبَرُ التَّقَابُضُ فِي المَجْلِسِ، لِأَنَّهُ صَرْفٌ، غَيْرَ أَنَّ الَّذِي فِي يَدِهِ بَقِيَّةُ التَّرِكَةِ إِنْ كَانَ جَاحِدًا يَكْتَفِي بِذَلِكَ القَبْضِ، لِأَنَّهُ قَبْضُ ضَمَانٍ فَيَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الصُّلْحِ، وَإِنْ كَانَ مُقِرًّا لَا بُدَّ مِن تَجْدِيدِ القَبْضِ، لِأَنَّهُ قَبْضُ أَمَانَةٍ فَلَا يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الصُّلْحِ (وَإِنْ كَانَتْ التَّرِكَةُ ذَهَبًا وَفِضَّةً

لأنه طريق اختاره رسول الله ﷺ، قال عليه السلام: «**أَحْيِنِي مِسْكِينًا**»[(١)]، الحديث[(٢)].

قوله: (**غير أن الذي**)، أي: الوارث الذي في يده بقية التركة.

(**إن كان جاحدًا**)، أي: للتركة في يده، (**يكتفي بذلك القبض**)، أي: القبض السابق.

قوله: (**لا بد من تجديد القبض**)، وهو الانتهاء إلى مكان يتمكن من قبضه.

وفي شرح الطحاوي: لو كان الشيء في يده بالوديعة، أو العارية فباعه المالك منه فهاهنا يحتاج إلى قبض جديد، ولا ينوب القبض الأول عن الثاني، فإذا انتهى إلى مكان يتمكن من قبضه يصير قابضًا بالتخلية[(٣)].

وفي الكافي: وتجديد القبض أن يرجع إلى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن من قبضه، والأصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر، وإن اختلفا ناب المضمون عن غير المضمون، ولا ينوب غير المضمون عن المضمون.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ١٣٨١ رقم ٤١٢٦)، والحاكم (٤/ ٣٢٢ رقم ٧٩١١) من حديث أبي سعيد الخدري ﷺ.

قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال البيهقي: وفيه نظر. السنن الكبرى (٧/ ١٢).

(٢) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ١٣٦).

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ٢٤٦)، والبحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٨٧).

وَغَيْرَ ذَلِكَ فَصَالَحُوهُ عَلَى ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ: فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَا أَعْطَوْهُ أَكْثَرَ مِن نَصِيبِهِ مِن ذَلِكَ الجِنْسِ، حَتَّى يَكُونَ نَصِيبُهُ بِمِثْلِهِ وَالزِّيَادَةُ بِحَقِّهِ مِن بَقِيَّةِ التَّرِكَةِ) احْتِرَازًا عَنْ الرِّبَا، وَلَا بُدَّ مِن التَّقَابُضِ فِيمَا يُقَابِلُ نَصِيبَهُ مِن الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ، لِأَنَّهُ صَرْفٌ فِي هَذَا القَدْرِ، وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الصُّلْحِ عَرَضًا جَازَ مُطْلَقًا لِعَدَمِ الرِّبَا، وَلَوْ كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ وَبَدَلُ الصُّلْحِ دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ أَيْضًا، جَازَ الصُّلْحُ كَيْفَمَا كَانَ صَرْفًا لِلْجِنْسِ إِلَى خِلَافِ الجِنْسِ كَمَا فِي البَيْعِ، لَكِنْ يُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ لِلصَّرْفِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ عَلَى النَّاسِ، فَأَدْخَلُوهُ فِي الصُّلْحِ عَلَى أَنْ يُخْرِجُوا المُصَالِحَ عَنْهُ، وَيَكُونَ الدَّيْنُ لَهُ: فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ) لِأَنَّ فِيهِ تَمْلِيكَ الدَّيْنِ مِن

قوله: (**فلا بد أن يكون أكثر من نصيبه**)، إذ لو كان مساويًا، أو أقل يلزم الربا، وإن كان لا يعلم يلزم شبهة الربا؛ لاحتمال الزيادة والمساواة والأقل.

وفي الذخيرة، والتتمة: قال أبو الفضل: هذا في حالة التصادق، [٢/ ٢٨٢/أ] أما في حالة المناكرة بأن ادعت امرأة ميراثها، والورثة جاحدون أنها امرأة الميت يجوز الصلح بالأقل، والمساوي، وكذا إن كان لا يعلم؛ لأن حالة المناكرة المعطي يعطي لقطع المنازعة، ولفداء اليمين فلا يتمكن فيه الربا، وقيل إنه باطل في الوجهين؛ لأنه معاوضة في حق المدعي فيتمكن فيه الربا.

قوله: (**احترازًا عن الربا**)؛ لأنه لا يمكن تجويز الصلح بطريق الإبراء؛ لأن الإبراء عن الأعيان باطل؛ لأن الإسقاط إنما يستعمل في الديون لا في الأعيان، وهاهنا عين فتعين تجويزه بطريق المعاوضة فيلزم الربا، كذا في مبسوط شيخ الإسلام(١).

قوله: (**جاز مطلقًا**)، أي: قلَّ، أو كَثُر، وجد التقابض في المجلس أو لا.

قوله: (**على أن يخرجوا المصالح**)، بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل.

(**عنه**)، أي: عن الدين، (**فالصلح باطل**)، أي: في الكل في العين والدين. أما في الدين لكونه تمليك من غير من عليه الدين، أما في العين؛ لأنه لما

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٨/ ٤٢٦).

غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ، وَهُوَ حِصَّةُ الْمُصَالِحِ (وَإِنْ شَرَطُوا أَنْ يَبْرَأَ الْغُرَمَاءُ مِنهُ وَلَا يَرْجِعَ عَلَيْهِمْ بِنَصِيبِ الْمُصَالِحِ: فَالصُّلْحُ جَائِزٌ) لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ وَهُوَ تَمْلِيكُ الدَّيْنِ مِمَّنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، وَهُوَ جَائِزٌ، وَهَذِهِ حِيلَةُ الجَوَازِ، وَأُخْرَى: أَنْ يُعَجِّلُوا قَضَاءَ نَصِيبِهِ مُتَبَرِّعِينَ، وَفِي الوَجْهَيْنِ: ضَرَرٌ بِبَقِيَّةِ الوَرَثَةِ. وَالأَوْجُهُ: أَنْ يُقْرِضُوا الْمُصَالِحَ مِقْدَارَ نَصِيبِهِ وَيُصَالِحُوا عَمَّا وَرَاءَ الدَّيْنِ.

وَيُحِيلهُمْ عَلَى اسْتِيفَاءِ نَصِيبِهِ مِن الغُرَمَاءِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ وَأَعْيَانُهَا غَيْرُ مَعْلُومَةٍ وَالصُّلْحُ عَلَى المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ، قِيلَ: لَا يَجُوزُ لِاحْتِمَالِ الرِّبَا، وَقِيلَ:

فسد في حصة الدين يفسد في حصة العين أيضًا لاتحاد الصفقة.

وفي مبسوط شيخ الإسلام: وهذه المسألة ترد نقضًا على أبي يوسف ومحمد فيما إذا أسلم حنطة في شعير وزيت حيث قالا: يصح في حصة الزيت، ويفسد في حصة الشعير، وهاهنا أفسد الكل، وهذا مما يحفظ.

وفي الكافي: قيل هذا عند أبي حنيفة، أما عندهما يبقى العقد صحيحًا فيما وراء الدين، وقيل هو قول الكل، والفرق لهما أن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن بثمن واحد.

قوله: (أن يبرأ الغرماء منه)، أي: من نصيبه من الدين، **(لا يرجع عليهم)**، أي على الغرماء وهم المديون.

قوله: (وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة)، أما في الوجه الأول: لعدم تمكنهم من الرجوع على الغرماء، وفي الوجه الثاني: لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة، والنقد خير من الدين.

قوله: (قيل: لا يجوز)، وهو قول المرغيناني لاحتمال الربا؛ لأنه يحتمل أن يكون في التركة مكيل وموزون، ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا.

وقيل: يجوز، وهو قول أبي جعفر الهندواني؛ لأنه شبهة الشبهة؛ لأنه يحتمل أن يكون في التركة مكيل أو موزون، ويحتمل أن لا يكون، وإن كان فيحتمل أن يكون أكبر من نصيبه، ويحتمل أن يكون أقل، فكان القول بعدم الجواز مؤديًا إلى اعتبار شبهة الشبهة، وهي ساقطة الاعتبار.

يَجُوزُ، لِأَنَّهُ شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ، وَلَوْ كَانَتْ التَّرِكَةُ غَيْرَ المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ، لَكِنَّهَا أَعْيَانٌ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ، قِيلَ: لَا يَجُوزُ لِكَوْنِهِ بَيْعًا، إِذْ المُصَالَحُ عَنْهُ عَيْنٌ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ، لِأَنَّهَا لَا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ لِقِيَامِ المُصَالَحِ عَنْهُ فِي يَدِ البَقِيَّةِ مِن الوَرَثَةِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى المَيِّتِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ: لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ وَلَا القِسْمَةُ، لِأَنَّ التَّرِكَةَ لَمْ يَتَمَلَّكْهَا الوَارِثُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَغْرِقًا لَا يَنْبَغِي أَنْ يُصَالِحُوا مَا لَمْ يَقْضُوا دَيْنَهُ، فَتُقَدَّمُ حَاجَةُ المَيِّتِ، وَلَوْ فَعَلُوا، قَالُوا: يَجُوزُ. وَذَكَرَ الكَرْخِيُّ ﷺ فِي القِسْمَةِ: أَنَّهَا لَا تَجُوزُ اسْتِحْسَانًا، وَتَجُوزُ قِيَاسًا.

وفي فتاوى قاضي خان: والصحيح ما قاله أبو جعفر[1].

قوله: (لكونه بيعًا)، أي: لكون الصلح بيعًا؛ لأن المصالح عنه عين، وبيع المجهول لا يصح، وهو قياس مذهب الشافعي[2].

قوله: (والأصح أنه يجوز)، وبه قال أحمد[3]؛ لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنه لا يحتاج إلى التسليم، وبيع ما لم يعلم البائع والمشتري مقداره إذا كان لا يحتاج إلى تسليمه جائز كما ذكرنا من رواية الذخيرة، والتتمة.

قوله: (في يد البقية من الورثة)، إذ المسألة موضوعة فيه، حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعرفون مقداره لا يجوز؛ لأنه يحتاج إلى التسليم فيفضي إلى المنازعة، ذكره في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: (لا يجوز الصلح ولا القسمة)، وكذا البيع، وبه قال الشافعي في وجه؛ لأن القليل لا يمنع الإرث في كل التركات، وفيه ضرر بين بالورثة.

قوله: (وذكر الكرخي في القسمة أنها لا تجوز استحسانًا، وتجوز قياسًا)، وذكر في الذخيرة: القياس والاستحسان من غير نسبة إلى الكرخي، وهكذا في مبسوط شيخ الإسلام، وفيه: إذا كان الدين غير مستغرق فالقياس أن لا يقسم، ولكن يوقف الكل.

---

(١) فتاوى قاضي خان (١/ ٤٣).

(٢) انظر: الأم للشافعي (٣/ ٢٢٦)، والإقناع للماوردي (ص ١٠٦).

(٣) انظر: الكافي لابن قدامة (٢/ ١١٨)، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ١٤٢).

....

وفي الاستحسان يحبس قدر الدين للغرماء، ويقسم الباقي بينهم بناءً على أن الدين إذا لم يكن مستغرقًا هل يمنع ملك الوارث في التركة أو لا؟ فالقياس أن يمنع؛ لأن ما من جزء إلا وهو مشغول بالدين.

وفي الاستحسان لا يمنع حتى لو كان الموروث جارية حل وطؤها نفيًا للضرر عن الورثة؛ إذ لا تخلو التركة عن قليل الدين، فلو امتنع الإرث به لامتنع في كل التركات وفيه ضرر بين(١).

وإذا ملكوا التركة كان يجب أن يقسم الكل بينهم إلا أنه لا يقسم بقدر الدين حتى لا يحتاج إلى نقص فاته، ولا يأخذ القاضي كفيلًا بشيء من ذلك.

وفي فتاوى قاضي خان: فلو كان على الميت دين فصولحت المرأة عن ثمنها لا يجوز الصلح؛ لأن الدين القليل يمنع جواز التصرف في التركة، فإن طلبوا الجواز فطريق ذلك أن يضمن [٢/ ٢٨٢/ ب] الوارث دين الميت من مال آخر بشرط ألا يرجع في التركة، أو يضمن الأجنبي بشرط براءة الميت، أو يؤدوا أرش الميت من مال آخر، ثم يصالحوها عن ثمنها؛ لأن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة فتخلو التركة عن الدين فيجوز الصلح(٢).

---

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٧/ ٣٦٧).

(٢) انظر: فتاوى قاضي خان (٣/ ٤١).

كِتَابُ الْمُضَارَبَةِ

وجه مناسبة المضاربة للصلح قد مرَّ، ومحاسنها مذكور في المتن.

والمضاربة لغة: مفاعلة من الضرب في الأرض وهو السير فيها، قال تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل:٢٠]، عنى بالضرب السفر للتجارة.

وشرعًا: عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين، والعمل من الجانب الآخر، والمراد الشركة في الربح، ولا مضاربة بدون الشركة في الربح كما ذكر في المتن.

وسمى أهل المدينة هذا العقد: مقارضة - وذلك مروي عن عثمان - مشتقة من القرض وهو القطع، فصاحب المال يقطع قدرًا من المال عن تصرفه ويجعل التصرف فيه للعامل بهذا العقد، ولهذا سمى كتاب المضاربة غير أصحابنا: كتاب القراض، إلا أنا نأخذ لفظ المضاربة؛ لأنه موافق لكتاب الله.

وسببها: تعلق بقاء المقدور كما في سائر المعاملات.

وركنها: الألفاظ التي تثبت بها المضاربة، وهي قوله: دفعت إليك المال مضاربة، أو مقارضة، أو: خذه واعمل به على أن ما رزق الله بيننا نصفان، أو على أن لك خمسه، أو ربعه، أو عشره.

وشروطها: كثيرة تذكر في أثناء المسائل.

وحكمها: صيرورة العامل وكيلًا بعد تسليم رأس المال إليه قبل ظهور الربح وبعده كونه شريكًا، كذا في المبسوط[1]، والذخيرة[2]، والمغرب[3].

(١) المبسوط للسرخسي (٢٢/ ١٨).

(٢) الذخيرة البرهانية لابن مازة (١١/ ٣٣٣).

(٣) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٢٨١).

الْمُضَارَبَةُ: مُشْتَقَّةٌ مِن الضَّرْبِ فِي الأَرْضِ؛ سُمِّيَ بِهَا لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ بِسَعْيِهِ وَعَمَلِهِ، وَهِيَ مَشْرُوعَةٌ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهَا، فَإِنَّ النَّاسَ بَيْنَ غَنِيٍّ بِالْمَالِ غَبِيٍّ عَنِ التَّصَرُّفِ فِيهِ، وَبَيْنَ مُهْتَدٍ فِي التَّصَرُّفِ صِفْرِ الْيَدِ عَنْهُ، فَمَسَّتِ الْحَاجَةُ إِلَى شَرْعِ هَذَا النَّوْعِ مِن التَّصَرُّفِ لِيَنْتَظِمَ مَصْلَحَةُ الْغَبِيِّ وَالذَّكِيِّ وَالْفَقِيرِ وَالْغَنِيِّ. وَبُعِثَ النَّبِيُّ ﷺ وَالنَّاسُ يُبَاشِرُونَهُ فَقَرَّرَهُمْ عَلَيْهِ وَتَعَامَلَتْ بِهِ الصَّحَابَةُ، ثُمَّ الْمَدْفُوعُ إِلَى الْمُضَارِبِ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، لِأَنَّهُ قَبَضَهُ بِأَمْرِ مَالِكِهِ ....

وفي الأسرار: قال أصحابنا: هي تنعقد لإيجاب الشركة في الربح.

قوله: (وهي)، أي المضاربة مشروعة بما تلونا؛ لأن الضرب للتجارة، وقد يكون بمال نفسه، وقد يكون بمال غيره، والأفضل فيه فهو عليهما.

قوله: (غبي) على (فعيل) إذا كان قليل الفطنة وهو واوي(١) كالشقي.

الصِّفر: بكسر الصاد الخالي يقال بيت صفر من المتاع ورجل صفر اليدين.

قوله: (**وبعث النبي عليه السلام والناس يباشرونه**)، أي: لعقد المضاربة، روي أن عباس بن عبد المطلب(٢) إذا دفع المال مضاربة شرط على المضارب ألا يسلك به بحرًا، ولا ينزل واديًا، ولا يشتري به ذات كبد رطب، فإن فعل ذلك ضمن، فبلغ رسول الله ﷺ ذلك فاستحسنه(٣).

ومست الحاجة إلى شرعيته كما ذكر في المتن، وانعقد الإجماع أيضًا عليها؛ فإن الصحابة تعاملت به من غير نكير عن أحد فصار إجماعًا.

قوله: (**ثم المدفوع إليه أمانة**)، أي: إلى المضارب من المال أمانة، ولا يعلم فيه خلاف.

وفي شرح الطحاوي: فالحيلة أن يصير المال مضمونًا عند المضارب أن يقرض من المضارب، ويشهد عليه، ويسلمه إليه، ثم يأخذه منه مضاربة

---

(١) في الأصل (وهْوَ اوي)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) في الأصل: (ابن عباس بن عبد المطلب)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٣) أخرجه الدارقطني (٤/ ٥٢ رقم ٣٠٨١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١١١ رقم ١١٩٤٥) من حديث ابن عباس ﷺ.
وضعفه الدارقطني، والبيهقي.

لَا عَلَى وَجْهِ البَدَلِ وَالوَثِيقَةِ، وَهُوَ وَكِيلٌ فِيهِ، لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِأَمْرِ مَالِكِهِ، وَإِذَا رَبِحَ فَهُوَ شَرِيكٌ فِيهِ لِتَمَلُّكِهِ جُزْءًا مِن المَالِ بِعَمَلِهِ، فَإِذَا فَسَدَتْ ظَهَرَتْ الإِجَارَةُ حَتَّى اسْتَوْجَبَ العَامِلُ أَجْرَ مِثْلِهِ، وَإِذَا خَالَفَ كَانَ غَاصِبًا لِوُجُودِ التَّعَدِّي مِنهُ عَلَى مَالِ غَيْرِهِ. قَالَ: (المُضَارَبَةُ: عَقْدٌ عَلَى الشَّرِكَةِ بِمَالٍ مِن أَحَدِ الجَانِبَيْنِ) وَمُرَادُهُ، الشَّرِكَةُ فِي الرِّبْحِ، وَهُوَ يُسْتَحَقُّ بِالمَالِ مِن أَحَدِ الجَانِبَيْنِ (وَالعَمَلِ مِن الجَانِبِ الآخَرِ) وَلَا مُضَارَبَةَ بِدُونِهَا؛ ....

بالنصف، أو بالثلث، ثم يدفع إليه يستعين به في العمل، حتى لو هلك في يده هلك كالقرض، وإذا ربح ولم يهلك يكون الربح بينهما على الشركة.

وحيلة أخرى: أن يقرض جميع المال من المضارب إلا درهما واحدًا ويسلمه إليه، ثم أنهما يشتركان في ذلك شركة عنان، على أن يكون رأس مال المقرض درهمًا، ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض، على أن يعملا جميعًا وشتى، على أن الربح بينهما، ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال، فإن هلك المال في يده فالقرض عليه، ولو ربح فالربح بينهما على الشرط[1].

وقوله: **(لا على وجه البدل)**، احتراز عن المقبوض على سوم الشراء.

وقوله: **(والوثيقة)**، احتراز عن الرهن؛ لأنه قبضه وثيقة.

(وكيل فيه)، أي في العمل؛ لأنه ينصرف له بأمره، ولهذا يرجع عليه بما لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل، وعند ظهور الربح شريك له في الربح؛ لأنه يحصل بالمال والعمل فاشتركا فيه.

(ولا مضاربة بدونها)، أي بدون الشركة.

قوله: (وإذا خالف كان غاصبًا)، وبه قالت الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم، وعن علي: لا ضمان على من شورك في الربح، وبه قال الحسن، والزهري.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٨٧)، والبناية شرح الهداية للعيني (١٠/ ٤٤).

أَلَا تَرَى أَنَّ الرِّبْحَ لَوْ شُرِطَ كُلُّهُ لِرَبِّ المَالِ كَانَ بِضَاعَةً، وَلَوْ شُرِطَ جَمِيعُهُ لِلْمُضَارِبِ كَانَ قَرْضًا. قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِالمَالِ الَّذِي تَصِحُّ بِهِ الشَّرِكَةُ) ....

وقلنا: هذا تصرف في مال الغير بغير إذنه يلزمه الضمان كالغاصب بالنصوص.

قوله: (لو شرطه كله)، أي: كل الربح لرب المال كان بضاعة، ولو شرط جميع الربح للمضارب كان قرضًا.

وقال مالك: يكون [٢/ ٢٨٣/ أ] مضاربة صحيحة في الصورتين؛ لأنهما دخلا في القراض، فإذا شرط لأحدهما كله فكأنه وهب للآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد[(١)].

وقال الشافعي [(٢)]، وأحمد[(٣)]: إذا قال: خذه مضاربة والربح لي، أو لك، يفسد عقد المضاربة؛ لأنه يقتضي أن يكون الربح بينهما، فإذا شرط اختصاص الربح لأحدهما فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد فيفسد، كما لو شرط الربح كله في شركة العنان.

وقلنا: لما أثبت له حكم الإبضاع أو القرض ينصرف إليه، كما لو قال: خذه قرضًا، أو بضاعة، أو قال: خذه واتجر به والربح لي، أو لك؛ لأن اللفظ يصلح لهما، فكذا هذا، ولا يفسد بهذه الألفاظ بلا خلاف، وما ذكره مالك لا يصح؛ لأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب.

قوله: (إلا بالمال الذي تصح به الشركة)، وبه قال الشافعي[(٤)]، ومالك[(٥)]، وأحمد[(٦)]، وما كتب في بعض كتب أصحابنا أن عند مالك تصح المضاربة بالعروض لم نجده في كتبهم، بل ذكر فيها: لا تصح بالعروض.

وقال ابن أبي ليلى: يجوز بكل مال، فإن كان له مثل رد مثله، وإن لم يكن

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافي (٦/ ٣٩)، وشرح مختصر خليل للخرشي (٦/ ٢١٦).

(٢) انظر: البيان للعمراني (٧/ ١٩٥)، والعزيز شرح الوجيز للغزالي (٦/ ١٧).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٢٦)، والفروع لابن مفلح (٧/ ٨٣).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٧/ ٣٠٧)، والمجموع للنووي (١٤/ ٣٦١).

(٥) انظر: الذخيرة للقرافي (٦/ ٣٠)، والقوانين الفقهية لابن جزي (ص ١٨٦).

(٦) انظر: الكافي لابن قدامة (٢/ ١٥٢)، والمبدع لابن مفلح (٤/ ٣٦٨).

وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُهُ مِن قَبْلُ، وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ عَرْضًا وَقَالَ: بِعْهُ وَاعْمَلْ مُضَارَبَةً فِي ثَمَنِهِ: جَازَ لَهُ، ....

له مثل رد قيمته؛ لأن العروض مال متقوم يسترب عليه بالتجارة عادة فيكون كالنقد فيما هو المقصود من التجارة، وكما يجوز إبقاء المضاربة على العروض فكذا يجوز ابتداؤها بها.

وقلنا: نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن ربح ما لم يضمن[(١)]، والمضاربة بها تؤدي إلى ذلك؛ لأنها أمانة في يد المضارب، وربما ترتفع قيمتها بعد العقد، فإذا باعها وحصل الربح واستحق المضارب نصيبه من غير أن يدخل شيء في ضمانه، بخلاف النقد فإنه يشتري بها، وإنما يقع الشراء بثمن مضمون في ذمته، فما يحصل يكون ربح ما قد ضمن.

والمكيل والموزون يتعين في القبض كالعروض، وأول التصرف بها يكون بيعًا، وقد يحصل بهذا البيع ربح بأن يبيعه ثم يرخص سعره بعد ذلك فيظهر ربحه بدون الشراء فيكون هذا استئجارًا للبيع بأجرة مجهولة، وذلك باطل، كما في العروض، كذا في المبسوط[(٢)].

قوله: (وقد تقدم بيانه من قبل)، أي: في باب الشركة، وقد بينا الخلاف هنا بتمامه.

قوله: (واعمل مضاربة في ثمنه جاز)، وقال الشافعي، ومالك، وأحمد: لا يجوز؛ لجهالته، ورأس المال إذا كان مجهولًا لا يصح العقد، والعرض لا يصلح رأس المال.

وقلنا: لم نضف المضاربة إلى العرض بل إضافة إلى ثمنه وثمنه يصلح رأس مال المضاربة، وعقد المضاربة يقبل الإضافة إلى زمان في المستقبل؛ لأنه

---

(١) أخرجه الترمذي (٢/ ٥٢٦ رقم ١٢٣٤)، والنسائي (٧/ ٢٩٥ رقم ٤٦٢٩)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٧ رقم ٢١٨٨)، وابن حبان (١٠/ ١٦١ رقم ٤٣٢١) والحاكم (٢/ ١٧ رقم ٢١٨٥) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.
وصححه الترمذي، والحاكم.

(٢) المبسوط للسرخسي (٢٢/ ٣٣).

لِأَنَّهُ يَقْبَلُ الإِضَافَةَ مِن حَيْثُ إِنَّهُ تَوْكِيلٌ وَإِجَارَةٌ فَلَا مَانِعَ مِن الصِّحَّةِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهُ: اقْبِضْ مَالِي عَلَى فُلَانٍ، وَاعْمَلْ بِهِ مُضَارَبَةً جَازَ لِمَا قُلْنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهُ: اعْمَلْ بِالدَّيْنِ الَّذِي فِي ذِمَّتِك، حَيْثُ لَا تَصِحُّ المُضَارَبَةُ، لِأَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَصِحُّ هَذَا التَّوْكِيلُ عَلَى مَا مَرَّ فِي البُيُوعِ. وَعِنْدَهُمَا: يَصِحُّ، لَكِنْ يَقَعُ

وديعة، ووكالة، وإجارة، وشيء من ذلك ليس مما يمنع صحة الإضافة إلى المستقبل، ولا جهالة في زمان انعقاد العقد، بخلاف ما إذا قال: اعمل بالدين الذي في ذمتك، حيث لا تصح المضاربة بلا خلاف.

أما لو قال: اقبض الدين الذي على زيد واعمل به مضاربة، جاز؛ لأنه أضاف العقد إلى زمان القبض، وفي تلك الحالة يصير الدين عينًا فيصلح أن يكون رأس المال.

أما في **قوله: (بالدين الذي عليك)** لا يصير عينًا، بل دينًا، والمضارب أمين ابتداءً، ولا يتصور أن يكون أمينًا فيما عليه من الدين؛ لأن الدين مضمون على المديون.

قوله: (لما قلنا)، إشارة إلى قوله **(لأنه يقبل الإضافة)**، عند أبي حنيفة لا يصح هذا التوكيل، وهو أنه لو وكله بشراء شيء بما في ذمته لا يصح عندنا، خلافًا لهما؛ لأن الدراهم أو الدنانير إذا كان عينًا لا يتعين بالتعيين في العقد فالدين أولى، وإذا لم يتعين بقي الأمر بالشراء، ثم أمره أن ينقد ما عليه فكان جائزًا.

وأبو حنيفة يقول: لا يتعين في الشراء، ولكنها تتعين في الوكالة، فإذا أمره بالشراء بها قيد أمره بما لا يتصور؛ لأن المضاربة تقتضي أن يكون رأس المال فيها مما لا يتعين بالتعيين فلم يصح الأمر فوقع الشراء للمأمور؛ وقد مر في باب الوكالة في البيوع.

وقوله: (وقد مر في البيوع)، أي: بيوع الوكالة، لا في كتاب البيوع.

وفي الخبازية: على ما مر في البيوع أنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، وهو حرام، وعندهما يصح التوكيل كما ذكرنا، ومع هذا لا تصح المضاربة عندهما أيضًا؛ لأن الشراء وقع للموكل فتكون المضاربة بعد ذلك بالعروض.

المِلْكُ فِي المُشْتَرَى لِلْآمِرِ فَيَصِيرُ مُضَارَبَةً بِالعَرَضِ.

قَالَ: (وَمِن شَرْطِهَا: أَنْ يَكُونَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا مُشَاعًا، لَا يَسْتَحِقُّ أَحَدُهُمَا دَرَاهِمَ مُسَمَّاةً) مِن الرِّبْحِ لِأَنَّ شَرْطَ ذَلِكَ يَقْطَعُ الشَّرِكَةَ بَيْنَهُمَا، وَلَا بُدَّ مِنهَا كَمَا فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ. قَالَ: (فَإِنْ شَرَطَ زِيَادَةَ عَشَرَةٍ: فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ) لِفَسَادِهِ، فَلَعَلَّهُ لَا يَرْبَحُ إِلَّا هَذَا القَدْرَ فَتَنْقَطِعُ الشَّرِكَةُ فِي الرِّبْحِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ ابْتَغَى عَنْ مَنَافِعِهِ عِوَضًا وَلَمْ يَنَلْ لِفَسَادِهِ، وَالرِّبْحُ لِرَبِّ المَالِ، لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِ، وَهَذَا هُوَ الحُكْمُ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَمْ تَصِحَّ المُضَارَبَةُ وَلَا تُجَاوِزُ بِالأَجْرِ القَدْرَ المَشْرُوطَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ كَمَا بَيَّنَّا فِي الشَّرِكَةِ(*)، وَيَجِبُ الأَجْرُ وَإِنْ لَمْ يَرْبَحْ فِي رِوَايَةِ الأَصْلِ، لِأَنَّ أَجْرَ الأَجِيرِ يَجِبُ بِتَسْلِيمِ المَنَافِعِ، أَوِ العَمَلِ، وَقَدْ وُجِدَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يَجِبُ اعْتِبَارًا بِالمُضَارَبَةِ الصَّحِيحَةِ ....

(ولا بد منها)، أي: من الشركة في الربح.

قوله: (فإن شرط)، الفاء للتفسير، (زيادة عشرة)، أي: على ما شرطنا، (فله)، أي: للعامل أجر مثله، (لفساده)، أي: لفساد عقد المضاربة، ولا خلاف في فساد العقد لأحدٍ، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ [٢/ ٢٨٣/ ب] منه من أهل العلم على فساد المضاربة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة[١].

قوله: (كما بينا في الشركة)، وقد بينا تمام خلاف الأئمة فيه في الشركة.

قوله: (في رواية الأصل)، أي: المبسوط، وبه قال الشافعي[٢]، وأحمد في رواية[٣].

(لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع، أو العمل وقد وجد)، وعن أبي يوسف: لا يجب إذا لم يربح، وبه قال مالك في رواية، وبعض أصحاب أحمد.

(اعتبارًا بالمضاربة الصحيحة)؛ فإنه إذا لم يربح لا يستحق شيئًا.

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) انظر: الإجماع لابن المنذر (ص ١٠٢).

(٢) انظر: الأم للشافعي (٤/ ٦)، والحاوي الكبير للماوردي (٧/ ٣٢٣).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٤٧)، والإنصاف للمرداوي (٥/ ٤٥٦).

مَعَ أَنَّهَا فَوْقَهَا، وَالمَالُ فِي المُضَارَبَةِ الفَاسِدَةِ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالهَلَاكِ اعْتِبَارًا بِالصَّحِيحَةِ، وَلِأَنَّهُ عَيْنٌ مُسْتَأْجَرَةٌ فِي يَدِهِ، ....

(**مع أنها**) أي: الصحيحة (**فوقها**)، أي: فوق الفاسدة في إمضاء حكمها، وفي استحقاق الربح؛ إذ الفاسد يأخذ حكمه بدءًا من الصحيح في العقود.

وقلنا: نعم كذلك إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع، وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركةً لا إجارة، والمضاربة الفاسدة تنعقد إجارة، فتعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الأجر عند إيفاء العمل، ولو تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل، كذا في المبسوط(١).

وحكي عن مالك: لا أجر له في المضاربة الفاسدة، ويرجع إلى قراض المثل، وعنه: يجب أجر المثل.

والفرق على رواية القراض أنه لا يستحق شيئًا إن لم يكن في المال ربح، وفي أجر المثل يستحق.

قوله: (**غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحة**)، وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد.

وفي المبسوط: عن ابن سماعة عن محمد أنه يضمن المال، فقيل: ما ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة، وهو بناء على اختلافهم في الأجير المشترك إذا تلف المال في يده، هل يضمن؟ وهذا العقد إجارة، وهو بمنزلة الأجير المشترك؛ لأن له أخذ المال بهذا الطريق من غير واحد، ولا ضمان على الأجير المشترك عنده، خلافًا لهما، وبه قال الطحاوي.

قوله: (**ولأنه**)، أي: رأس المال (**عين مستأجرة**)، وفي بعض النسخ: (**عين مستأجر**) يعني استؤجر المضارب ليعمل هو لا غير، فلا يضمن، كأجير الواحد، وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب أجير وجد من حيث إنه لا يمكنه أن يؤاجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد.

قال أبو جعفر الهندواني: غير مضمون عند الكل، والفرق لهما بين الأجير

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٢/ ٢٢).

وَكُلُّ شَرْطٍ يُوجِبُ جَهَالَةً فِي الرِّبْحِ يُفْسِدُهُ لِاخْتِلَالِ مَقْصُودِهِ، وَغَيْرُ ذَلِكَ مِن الشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ لَا يُفْسِدُهَا، ....

المشترك، وبين المضارب؛ أن المضاربة متى فسدت فهي إجارة معنًى من حيث إن المضارب ابتغى بعمله عوضًا ومضاربة لفظًا، فعملنا بالمعنى فأوجبنا له أجر المثل ربح أو لا، كما لو استأجره، وعملنا باللفظ وجعلنا المال أمانة في يده.

فأما الإجارة الفاسدة إجارة لفظًا ومعنًى، فيكون المال مضمونًا عند الأجير المشترك عندهما، إلا أن يكون الهلاك بأمر لا يمكن التحرز عنه، كذا في الذخيرة.

قوله: (وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده) أي: عقد المضاربة، ولا نعلم فيه خلافًا، وذلك نحو أن شرط المضارب أن يسكن رب المال داره سنة، أو يزرع أرضه سنة؛ لأنه جعل نصف الربح عوضًا عن عمله وأجرة الدار، فصارت حصة العمل مجهولة، فلم يصح، وكذا لو تردد في الربح يفسد أيضًا، نحو أن يقول: لك نصفه، أو ربعه.

قوله: (وغير ذلك من الشروط الفاسدة)، أي: الشروط التي لا توجب الجهالة في الربح **(لا يفسدها)**، أي: المضاربة، بل يبطل نفس ذلك الشرط، وبه قال مالك(١)، والشافعي(٢)، وأحمد(٣)، وعن الشافعي وأحمد: يفسد العقد؛ لأنه شرط فاسد، فصار كما لو شرط لأحدهما دراهم مسماة.

وقلنا: لا تفسد بالشرط كالوكالة، ولأن صحتها تتوقف بالقبض، فلا تبطل بالشرط كالهبة، ولأنه لا يؤثر في جهالة الربح فلم تفسد به، كما لو شرط لزوم المضاربة، بخلاف شرط يوجب جهالة في الربح؛ لأن ذلك يمنع موجب العقد، فلا ينعقد العقد؛ إذ العقد شرع لإثبات موجبه، ولهذا لو شرط عمل رب المال يفسد العقد وإن لم يوجب جهالة في الربح؛ لأنه شرط يمنع موجب العقد؛ إذ موجبه تسليم المال إلى المضارب وذا يمنعه، ذكره في الذخيرة.

---

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/ ٧٥)، والذخيرة للقرافي (٦/ ٣٧).
(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٧/ ٣١٠)، والمجموع للنووي (١٤/ ٣٦٨).
(٣) انظر: الكافي لابن قدامة (٢/ ١٥٣)، والإنصاف للمرداوي (٥/ ٤٦٥).

وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ كَاشْتِرَاطِ الوَضِيعَةِ عَلَى المُضَارِبِ.

قَالَ: (وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ المَالُ مُسَلَّمًا إِلَى المُضَارِبِ، وَلَا يَدَ لِرَبِّ المَالِ فِيهِ) لِأَنَّ المَالَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ فَلَا بُدَّ مِن التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الشَّرِكَةِ، لِأَنَّ المَالَ فِي المُضَارَبَةِ مِن أَحَدِ الجَانِبَيْنِ، وَالعَمَلَ مِن الجَانِبِ الآخَرِ، فَلَا بُدَّ مِن أَنْ يَخْلُصَ المَالُ لِلْعَامِلِ لِيَتَمَكَّنَ مِن التَّصَرُّفِ فِيهِ. أَمَّا العَمَلُ فِي الشَّرِكَةِ مِن الجَانِبَيْنِ، فَلَوْ شَرَطَ خُلُوصَ اليَدِ لِأَحَدِهِمَا لَمْ تَنْعَقِد الشَّرِكَةُ، وَشَرْطُ العَمَلِ عَلَى رَبِّ المَالِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ، لِأَنَّهُ يَمْنَعُ خُلُوصَ يَدِ المُضَارِبِ فَلَا يَتَمَكَّنُ مِن التَّصَرُّفِ، فَلَا يَتَحَقَّقُ المَقْصُودُ سَوَاءٌ كَانَ المَالِكُ عَاقِدًا أَوْ غَيْرَ عَاقِدٍ كَالصَّغِيرِ، ....

قوله: (كاشتراط الوضيعة)، أي: الخسران **(على المضارب)**.

وفي الإيضاح، والذخيرة: عليهما، وفي التحفة: عليه أو عليهما(1).

قوله: (ولا بد أن يكون المال مسلمًا إليه)، ولا نعلم فيه خلافًا.

قوله: (لم تنعقد الشركة) لأن الشركة انعقدت على العمل منهما، فمتى شرط انتفاء تدرب المال لم ينعقد أصلًا، كذا في الإيضاح.

قوله: (وشرط العمل على رب المال مفسد)؛ لما ذكرنا [٢/ ٢٨٤/أ] أنه شرط يمنع موجب العقد، ولا نعلم فيه خلافًا.

وفي الذخيرة: حكي عن الفقيه محمد بن إبراهيم الضرير أنه لو شرط رب المال لنفسه أن يتصرف في المال بانفراده متى بدا له، وأن يتصرف المضارب في جميع المال متى بدا له جازت المضاربة، وإنما لا يجوز شرط عمل رب المال مع المضارب إذا شرط العمل جملة؛ لأنه حينئذ لا يصير المال مسلمًا إلى المضارب.

قوله: (أو غير عاقد كالصغير)، صورته أن الأب أو الوصي لو دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير لا يجوز؛ لأن الصغير إذا كان مالكًا كانت يده على المال بجهة الملك كالكبير، فبقاء يده يمنع كونه مسلمًا إليه.

---

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندي (٣/ ٢١).

لِأَنَّ يَدَ المَالِكِ ثَابِتَةٌ لَهُ، وَبَقَاءُ يَدِهِ يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ إِلَى المُضَارِبِ، وَكَذَا أَحَدُ المُتَفَاوِضَيْنِ وَأَحَدُ شَرِيكَي العِنَانِ، إِذَا دَفَعَ المَالَ مُضَارَبَةً وَشَرَطَ عَمَلَ صَاحِبِهِ لِقِيَامِ المِلْكِ لَهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَاقِدًا، وَاشْتِرَاطُ العَمَلِ عَلَى العَاقِدِ مَعَ المُضَارِبِ وَهُوَ غَيْرُ مَالِكٍ يُفْسِدُهُ إِنْ لَمْ يَكُن مِن أَهْلِ المُضَارَبَةِ فِيهِ كَالمَأْذُونِ، بِخِلَافِ الأَبِ وَالوَصِيِّ، لِأَنَّهُمَا مِن أَهْلِ أَنْ يَأْخُذَا مَالَ الصَّغِيرِ مُضَارَبَةً بِأَنْفُسِهِمَا، فَكَذَا اشْتِرَاطُهُ عَلَيْهِمَا بِجُزْءٍ مِن المَالِ.

قوله: (وَشَرَطَ عَمَلَ صاحبه)، أي: يفسد العقد؛ لأن للشريك فيه ملكًا وإن لم يكن عاقدًا، فيمنع صحة الدفع مع قيام يد المالك.

قوله: (وإن لم يكن من أهل المضاربة فيه)، أي: في المال (كالمأذون) يدفع ماله مضاربة، ويشترط عمله مع المضارب، فيفسد العقد؛ لأن يد التصرف ثابتة له في هذا المال، ويده يد نفسه فينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف، فكان قيام يده مانعًا لصحة المضاربة.

ولو كان العاقد ممن يجوز أن يأخذ ذلك المال مضاربة لم تفسد المضاربة، كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا أن يعملا بأنفسهما بجزء من الربح يصح، فكذا إذا شرطا عملهما مع المضارب بجزء من الربح؛ لأن كل مال يجوز أن يكون المرء فيه مضاربًا وحده جاز أن يكون مضاربًا فيه مع غيره، وهذا لأن تصرف الأب أو الوصي واقع للصغير حكمًا بطريق النيابة، فصار دفعه كدفع الصغير، وشرطه كشرطه، فتشترط التخلية من قبل الصغير؛ لأنه رب المال، وقد تحققت.

وفي الإيضاح: لو شرط المأذون عمل مولاه مع المضارب لا دين عليه يفسد العقد؛ لأن المولى مالك للمال، فإذا حصل في يده فقد وجد يد المالك، فلا تتم المضاربة، وإن كان عليه دين تصح المضاربة في قول أبي حنيفة؛ لأنه حق للمولى فيه، فصار كالأجنبي، أما لو شرط المكاتب عمل مولاه لا يفسد؛ لأن المولى لا يملك أن ينزع المال من يده أصلًا، فكان كالأجنبي[1].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٢/٨٨).

قَالَ: (وَإِذَا صَحَّتْ المُضَارَبَةُ مُطْلَقَةً، جَازَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ وَيُوَكِّلَ وَيُسَافِرَ وَيُبْضِعَ وَيُودِعَ) لِإِطْلَاقِ العَقْدِ، وَالمَقْصُودُ مِنهُ الِاسْتِرْبَاحُ، وَلَا يَتَحَصَّلُ إِلَّا بِالتِّجَارَةِ، فَيَنْتَظِمُ العَقْدُ صُنُوفَ التِّجَارَةِ وَمَا هُوَ مِن صَنِيعِ التُّجَّارِ، وَالتَّوْكِيلُ مِن صَنِيعِهِمْ، وَكَذَا الإِبْضَاعُ وَالإِيدَاعُ وَالمُسَافَرَةُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ المُودِعَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ فَالمُضَارِبُ أَوْلَى، كَيْفَ وَأَنَّ اللَّفْظَ دَلِيلٌ عَلَيْهِ، لِأَنَّهَا مُشْتَقَّةٌ مِن الضَّرْبِ فِي الأَرْضِ، وَهُوَ السَّيْرُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ: أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ. وَعَنْهُ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: أَنَّهُ إِنْ دَفَعَ فِي بَلَدِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ(*)، لِأَنَّهُ تَعْرِيضٌ عَلَى الهَلَاكِ مِن غَيْرِ ضَرُورَةٍ، وَإِنْ دَفَعَ فِي غَيْرِ بَلَدِهِ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ إِلَى بَلَدِهِ، لِأَنَّهُ هُوَ المُرَادُ فِي الغَالِبِ، وَالظَّاهِرُ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ. ....

قوله: (وإذا صحت المضاربة مطلقة)، أي: بأن لا تكون مقيدة بزمان ولا مكان.

في الذخيرة: دفع المال مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا، فهذه مضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يعمل ما هو من عادة التجار، أن يبيع ويشتري بثمن المثل، وبما يتعين الناس فيه عند أبي يوسف، ومحمد، والشافعي، ومالك، وأحمد؛ لأنه وكيل، وعند أبي حنيفة يجوز بأي ثمن كان.

ولو باع بالنسيئة يجوز عندنا كما يجيء في فصل ما يفعله المضارب.

وعن أبي يوسف: ليس له أن يسافر بغير الإذن، وبه قال الشافعي، وأحمد في رواية؛ لأن فيه تعريض المال على التَّوَى بلا ضرورة.

قوله: (والظاهر ما ذكر في الكتاب) أي: ظاهر الرواية، وبه قال مالك، وهو أن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض إلى آخره، ولأن العادة جارية بالتجارة سفرًا وحضرًا، فتدخل تحت مطلق المضاربة، ولأن المودع يجوز أن يسافر بالوديعة مع عدم تمكنه من التصرف فيه، فالمضارب أولى؛ لقدرته على التصرف فيه.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

قَالَ: (وَلَا يُضَارِبُ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ رَبُّ المَالِ أَوْ يَقُولَ لَهُ: اعْمَلْ بِرَأْيِك) لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ لِتَسَاوِيهِمَا فِي القُوَّةِ، ....

قوله: (ولا يضارب إلا بإذن رب المال)، وبه قال الشافعي(١)، وأحمد(٢)، ولا يعلم فيه خلاف عن غيرهم.

قوله: (اعمل برأيك)، يعني يجوز له أن يضارب حينئذ عندنا، وعند أحمد(٣)، والشافعي(٤): لا يجوز في هذه الصورة بغير الإذن أيضًا.

قوله: (لأن الشيء لا يتضمن مثله)، أي: لا يستتبعه، **(لتساويهما في القوة)** كالوكيل لا يملك أن يوكل غيره.

وهذا بخلاف المستعير، والمكاتب، والمستأجر؛ فإنه يجوز للمستعير أن يعير، وللمستأجر أن يؤاجر، وللمكاتب أن يكاتب، وكذا العبد المأذون يجوز له أن يأذن عبده في التجارة؛ لأن الكلام في التصرف نيابة، وهؤلاء يتصرفون بحكم المالكية؛ إذ المستعير والمستأجر ملكا المنفعة، والمكاتب صار حرًّا يدًا، والعبد المأذون يتصرف بحكم المالكية الأصلية؛ إذ الإذن بالتجارة فك الحجر عن التجارة، ثم بعد ذلك العبد يتصرف بحكم المالكية، ولهذا الإذن بالتجارة لا يتخصص عندنا.

أما المضارب يعمل بطريق النيابة؛ لأن في [٢/ ٢٨٤/ب] المضاربة معنى الوكالة والوديعة، والوكيل لا يوكل غيره، فكذا المضارب.

---

(١) انظر: البيان للعمراني (٧/ ٢٠٨)، والإقناع للماوردي (ص ١٠٩).

(٢) انظر: الكافي لابن قدامة (٢/ ١٥٦)، والإنصاف للمرداوي (٥/ ٤٣٨).

(٣) قال ابن قدامة: وإن قال له: اعمل برأيك. جاز له أن يعمل كل ما يقع في التجارة، من الإبضاع، والمضاربة بالمال، والمشاركة به، وخلطه بماله، والسفر به، والإيداع، والبيع نَساءً، والرهن، والارتهان، والإقالة، ونحو ذلك؛ لأنه فوض إليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة، فجاز له كل ما هو من التجارة.

فأما ما كان تمسكًا بغير عوض؛ كالهبة، والحطيطة لغير فائدة، والقرض، والعتق، ومكاتبة الرقيق، وتزويجهم، ونحوه، فليس له فعله؛ لأنه إنما فوض إليه العمل برأيه في التجارة، وليس هذا منها. المغني (٥/ ١٨).

(٤) انظر: الأوسط لابن المنذر (١٠/ ٥٧٩).

فَلَا بُدَّ مِن التَّنْصِيصِ عَلَيْهِ أَوْ التَّفْوِيضِ الْمُطْلَقِ إِلَيْهِ وَكَانَ كَالتَّوْكِيلِ، فَإِنَّ الْوَكِيلَ لَا يَمْلِكُ أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ إِلَّا إِذَا قِيلَ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِك، بِخِلَافِ الْإِيدَاعِ وَالْإِبْضَاعِ، لِأَنَّهُ دُونَهُ فَيَتَضَمَّنُهُ، وَبِخِلَافِ الْإِقْرَاضِ حَيْثُ لَا يَمْلِكُهُ. وَإِنْ قِيلَ لَهُ: اعْمَلْ بِرَأْيِك، لِأَنَّ الْمُرَادَ مِنهُ التَّعْمِيمُ فِيمَا هُوَ مِن صَنِيعِ التُّجَّارِ وَلَيْسَ الْإِقْرَارُ مِنهُ، وَهُوَ تَبَرُّعٌ كَالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ فَلَا يَحْصُلُ بِهِ الغَرَضُ وَهُوَ الرِّبْحُ، لِأَنَّهُ لَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ، أَمَّا الدَّفْعُ مُضَارَبَةً فَمِن صَنِيعِهِمْ، وَكَذَا الشَّرِكَةُ وَالخَلْطُ بِمَالِ نَفْسِهِ فَيَدْخُلُ تَحْتَ هَذَا القَوْلِ.

ولأن الإذن في التجارة لما كان بناؤه على التعميم في أنواع التجارة يتناول الإذن أيضًا؛ لأن الإذن من صنيع التجارة، فملكه المأذون، أما المضاربة فليست من اقتضاء التعميم مثل الإذن، ألا ترى أنها تخصص بهما.

ولأن المضاربة وإن كانت تتناول المضاربة من حيث إنها من صنيع التجار لكن لا يتناولها من حيث إن فيها معنى الأمانة والوكالة، والأصل عدم التناول، فلا يتناول المضاربة بالشك، كذا في الذخيرة وغيرها.

فإن قيل: المضارب يأذن لعبد من مال المضاربة في التجارة، والإذن في التجارة بمنزلة الدفع أو فوقه، كما ذكرنا.

قلنا: قد روى ابن رستم، عن محمد أنه لا يملك الإذن في التجارة، بمنزلة الدفع مضاربة، والفرق على الظاهر أن المأذون لا يصير شريكًا في الربح، فيكون الإذن نظير الإبضاع لا نظير الدفع مضاربة والشركة به، كذا في المبسوط[1].

قوله: (لأنه لا تجوز الزيادة عليه)، أي: على القرض، فإنه لو أقرض عشرة ليستوفي أحد عشر لا يجوز، فلما لم يحصل الربح به لا يكون من صنيع التجار، فلا تتناوله المضاربة.

قوله: (تحت هذا القول)، وهو قوله: اعمل برأيك؛ لأن الشركة والخلط من صنيع التجار، وقد يرى الخلط والشركة أصلح له، فيملك بهذا القول، وبه قال مالك، والثوري وأحمد، وقال الشافعي: ليس له الشركة والخلط، ولو فعل

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٢/ ٣٩).

قَالَ: (وَإِنْ خَصَّ لَهُ رَبُّ المَالِ التَّصَرُّفَ فِي بَلَدٍ بِعَيْنِهِ، أَوْ فِي سِلْعَةٍ بِعَيْنِهَا: لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَهَا) لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ. وَفِي التَّخْصِيصِ فَائِدَةٌ، فَيَتَخَصَّصُ، وَكَذَا: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ بِضَاعَةً إِلَى مَنْ يُخْرِجُهَا مِن تِلْكَ البَلْدَةِ، لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الإِخْرَاجَ بِنَفْسِهِ فَلَا يَمْلِكُ تَفْوِيضَهُ إِلَى غَيْرِهِ.

يضمن؛ لأن ذلك ليس من التجارة.

قوله: **(لم يجز أن يتجاوزها)**، وبه قال أحمد[1]، وقال الشافعي[2]، ومالك[3]: إذا شرط أن لا يشتري إلا من رجل بعينه، أو سلعة بعينها، أو ما لا يعمُّ وجوده لا تصح المضاربة؛ لأنه يمنع مقصود المضاربة، وهو التقلب وطلب الربح، فلم يصح، كما لو شرط أن لا يبيع ولا يشتري إلا من فلان، وأن لا يبيع إلا بمثل ما اشترى به فلان.

وقلنا: إنه يملك التصرف بتفويضه، فيتقيد بما فوض إليه، وهذا التقييد مفيد، وهذا معنى **قوله**: **(وفي التخصيص فائدة)** والفائدة من وجوه:

أحدها: صيانة ماله عن خطر الطريق، فإن المال في السفر بعرضية التلف، إليه أشار النبي عليه الصلاة والسلام في قوله: «**المسافرُ ومالهُ علَى قلبٍ**» - أي: هلاك - «**إلّا ما وَقاهُ اللهُ تَعالَى**».

وثانيها: صيانة ماله عن خيانة المضارب، فإنه لو عيَّن عليه بلدًا لو قصد الخيانة لمنعه عنها.

وثالثها: أن الأسعار بحسب الغلاء والرخص تختلف باختلاف البلدان، وكذا النقود تختلف باختلافها، فكان الشرط مقيدًا، كذا ذكره المحبوبي، وقاضي خان[4].

وأما قولهم: إنه بمنع المقصود ممنوع، بل يقلله، وتقليله لا يمنع الصحة، كتخصيصه بالنوع، ويحترز **بقوله**: **(في بلد بعينه)** عن السوق بعينه، فإنه لا يتقيد

---

(١) انظر: الإنصاف للمرداوي (٥/ ٤١٩)، والإقناع للحجاوي (٢/ ٢٥٦).
(٢) انظر: الإقناع للماوردي (ص ١٠٩)، والمجموع للنوي (١٤/ ٣٦٩).
(٣) انظر: المدونة لابن القاسم (٣/ ٦٤٨).
(٤) انظر: فتاوى قاضي خان (٣/ ٨٠، ٨٢).

قَالَ: (فَإِنْ خَرَجَ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ البَلَدِ فَاشْتَرَى ضَمِنَ) وَكَانَ ذَلِكَ لَهُ، وَلَهُ رِبْحُهُ، لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِ حَتَّى رَدَّهُ إِلَى الكُوفَةِ وَهِيَ الَّتِي عَيَّنَهَا بَرِئَ مِن الضَّمَانِ، كَالمُودَعِ إِذَا خَالَفَ فِي الوَدِيعَةِ ثُمَّ تَرَكَ وَرَجَعَ المَالُ مُضَارَبَةً عَلَى حَالِهِ لِبَقَائِهِ فِي يَدِهِ بِالعَقْدِ السَّابِقِ، وَكَذَا إِذَا رَدَّ بَعْضَهُ وَاشْتَرَى بِبَعْضِهِ فِي المِصْرِ، كَانَ المَرْدُودُ وَالمُشْتَرَى فِي المِصْرِ عَلَى المُضَارَبَةِ لِمَا قُلْنَا، ثُمَّ شَرَطَ الشِّرَاءَ بِهَا هَاهُنَا وَهُوَ رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَفِي كِتَابِ المُضَارَبَةِ: ضَمِنَهُ بِنَفْسِ الإِخْرَاجِ.

وَالصَّحِيحُ: أَنَّ بِالشِّرَاءِ يَتَقَرَّرُ الضَّمَانُ، لِزَوَالِ احْتِمَالِ الرَّدِّ إِلَى المِصْرِ الَّذِي عَيَّنَهُ، أَمَّا الضَّمَانُ: فَوُجُوبُهُ بِنَفْسِ الإِخْرَاجِ، وَإِنَّمَا شَرَطَ الشِّرَاءَ لِلتَّقَرُّرِ لَا لِأَصْلِ الوُجُوبِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَ فِي سُوقِ الكُوفَةِ، حَيْثُ لَا يَصِحُّ التَّقْيِيدُ، لِأَنَّ المِصْرَ مَعَ تَبَايُنِ أَطْرَافِهِ كَبُقْعَةٍ وَاحِدَةٍ فَلَا يُفِيدُ التَّقْيِيدُ، إِلَّا إِذَا صَرَّحَ بِالنَّهْي ....

بذلك بالإجماع إلا إذا صرح التخصيص بالنهي صريحًا، بأن قال: لا تعمل في غير هذا السوق، فحينئذ يتقيد كما يجيء.

قوله: (فاشترى ضَمِن) لم يرد به ابتداءً، بل الضمان واجب عليه بمجرد الإخراج، لكن أراد به استقرار الضمان على ما ذكر في الكتاب.

(وكان ذلك) أي: المشترى **(له)**، أي: للمضارب خاصًا.

(لأنه تصرف)، أي: الإخراج أو الشراء تصرف في ملك غيره، **(بغير أمره)** فيصير غاصبًا، فلم يبق مضاربًا.

(واشترى ببعضه في المصر)، أي: في المصر الذي عينه.

وقوله: (لما قلنا) إشارة إلى قوله: **(لبقائه في يده بالعقد السابق)**.

قوله: (إلا إذا صرح بالنهي) إلى آخره.

فإن قيل: يشكل على هذا ما ذكره في الذخيرة أنه قال: بع بالنسيئة [ولا تبع بالنقد، أو عكس حيث لو باع بالنقد أو بالنسيئة][1] لا يكون مخالفًا، مع صريح

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

بِأَنْ قَالَ: اعْمَلْ فِي السُّوقِ وَلَا تَعْمَلْ فِي غَيْرِ السُّوقِ، لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِالحَجْرِ وَالوِلَايَةُ إِلَيْهِ، وَمَعْنَى التَّخْصِيصِ أَنْ يَقُولَ لَهُ: عَلَى أَنْ تَعْمَلَ كَذَا أَوْ فِي مَكَانِ كَذَا، وَكَذَا إِذَا قَالَ: خُذْ هَذَا المَالَ تَعْمَلُ بِهِ فِي الكُوفَةِ، لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لَهُ، ....

النهي، إذا كان السعر بالنقد، والنسيئة لا يتفاوت(١).

قلنا: هذا مخالفة بالخبر، فلا يكون يتخالفه، خلافًا لزفر؛ [وهذا كما لو وكله بأن يبيع عبده بألف فباعه بألفين يجوز عندنا خلافًا لزفر لأنه مخالفة بالخبر](٢).

ولأن التقييد بالسوق، والنهي عن غير السوق مفيد من وجه، من حيث إن الكوفة ذات أماكن مختلفة حقيقةً وحكمًا، فإنه إذا شرط الحفظ على المودع في محلة ليس له أن يحفظها في محلة أخرى، وقد تكون الأسعار مختلفة باختلاف الأماكن في مصرٍ واحد.

وغير مفيد من وجه من حيث إن المصر مع تباين أطرافها كبقعة واحدة، كما في السلم إذا شرط الإيفاء صح وإن لم يبين المحلة.

فلما كان كذلك اعتبرنا ذكر السوق حالة النهي، ولا نعتبره حالة الأمر، بخلاف الأمر بالبيع نسيئة، والنهي عن البيع بالنقد، فإنه غير مفيد من كل وجه، فلم يعتبر في الحالتين؛ كالأمر بحفظ الوديعة، والنهي عن الوضع عن يده ليلًا ولا نهارًا، وهذا النهي لغو، كذا هذا، كذا في الذخيرة، وجامع المحبوبي(٣).

قوله: [٢/ ٢٨٥/أ] **(ومعنى التخصيص)**، أي: اللفظ الذي يستفاد منه التخصيص هذه الألفاظ: **دفعت إليك المال مضاربة على أن تعمل به بالكوفة**، أو: لتعمل به بالكوفة، أو: لتعملْ به بالكوفة، مجزومًا أو مرفوعًا، أو قال: فاعمل به بالكوفة، أو قال: **دفعته مضاربة بالنصف بالكوفة**.

وقوله: (تعمل) يجوز مرفوعًا على الحال، ومجزومًا على جواب الأمر.

---

(١) انظر: الذخيرة البرهانية لابن مازة (١١/ ٤٠٣).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) انظر: الذخيرة البرهانية لابن مازة (١١/ ٤٠٣).

أَوْ قَالَ: فَاعْمَلْ بِهِ فِي الكُوفَةِ، لِأَنَّ الفَاءَ لِلْوَصْلِ. أَوْ قَالَ: خُذْهُ بِالنِّصْفِ بِالكُوفَةِ، لِأَنَّ البَاءَ لِلْإِلْصَاقِ، أَمَّا إِذَا قَالَ: خُذْ هَذَا المَالَ وَاعْمَلْ بِهِ بِالكُوفَةِ: فَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ فِيهَا وَفِي غَيْرِهَا، لِأَنَّ الوَاوَ لِلْعَطْفِ، ....

ثم اعلم أن مجموع الألفاظ ثمانية، ستة تعتبر شرطًا، وهو قوله: دفعته إليك مضاربة بالنصيب على أن تعمل بها بالكوفة، أو: لتعمل بها بالكوفة، أو: تعمل بالكوفة بالجزم، أو تعملُ بالرفع، أو: فاعمل به بالكوفة، أو: دفعته مضاربة بالنصف بالكوفة.

واثنان مشورة: وهو قوله: خذه مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة، بغير الواو، أو قال: واعمل بالكوفة، بالواو.

والضابط أن رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء، ويمكن جعله مبنيًّا على ما قبله، يجعل مبنيًّا عليه كيلا يلغو الكلام، كما في الألفاظ الستة، وإن استقام الابتداء به لا يبنى على ما قبله، ويجعل مبتدأ؛ كما في اللفظين الأخيرين، وحينئذ تكون الزيادة مشورة، وكان له أن يعمل بالكوفة وبغيرها، فلا يصير ضامنًا بالإخراج منها، إليه أشار في الذخيرة، وجامع المحبوبي(١).

وفي المبسوط: في قوله: فاعمل به، أن قوله: فاعمل به، تفسير لقوله خذه مضاربة، والكلام المبهم إذ أعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير، **وقوله: (فاعمل به)** في معنى التفسير أيضًا؛ لأن الفاء للوصل، والتعقيب الذي يتصل بالكلام المبهم ويتعقبه تفسيره، وكذا قوله: خذه مضاربة بالنصف بالكوفة؛ لأن الباء للإلصاق، فكذلك ينبغي أن يكون موجب كلامه ملصقًا بالكوفة، وموجب كلامه العمل، وإنما يتحقق إلصاقه إذا عمل بها وكذا لو قال: خذه مضاربة بالنصف في الكوفة؛ لأن (في) للظرف والمكان، وإنما يكون ظرفًا للعمل إذا كان حاصلًا فيه فهذا كله اشتراط العمل في الكوفة(٢).

قوله: (لأن الواو للعطف)، والشيء لا يعطف على نفسه بل على غيره،

(١) انظر: الذخيرة البرهانية لابن مازة (١١/ ٤٠٠).

(٢) المبسوط للسرخسي (٢٢/ ٤١).

فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْمَشُورَةِ، وَلَوْ قَالَ عَلَى أَنْ تَشْتَرِيَ مِن فُلَانٍ وَتَبِيعَ مِنهُ: صَحَّ التَّقْيِيدُ، لِأَنَّهُ مُفِيدٌ لِزِيَادَةِ الثِّقَةِ بِهِ فِي الْمُعَامَلَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: عَلَى أَنْ تَشْتَرِيَ بِهَا مِن أَهْلِ الْكُوفَةِ، ....

وقد تكون الواو للابتداء خصوصًا بعد الجملة الكاملة.

وقوله: (خذه) مضاربة **(بالنصف)**[١] جملة تامة.

وقوله: (واعمل به)، عطف عليه أو ابتداء فيكون مشورة أشار به لا شرطًا في الأمر الأول، ولا تجعل الواو للحال كما في قوله: أدِّ إليَّ ألفًا وأنت حر؛ لأنه غير صالح هاهنا؛ لأن حال العمل لا يكون وقت الأخذ، وإنما يكون العمل بعد الأخذ، مع أن الواو للحال مجاز، وإنما يصار إليه عند تعذر العمل بالحقيقة، ولا حاجة هاهنا إلى حمل الواو على الحال، إليه أشار في المبسوط[٢].

قوله: (صح التقييد)[٣] وليس له أن يشتري به من غيره وبه قال أحمد وقال الشافعي ومالك: لا يصح، كما ذكرنا أنه مناف لمقتضى العقد فلا تصح المضاربة وقلنا: التقييد مفيد لتفاوت الناس في القضاء والاقتضاء ولا نسلم أنه مناف لمقتضى العقد.

قوله: (لأن فائدة الأول)[٤]، وهو **قوله: (أن تشتري بها من أهل الكوفة)** التقييد بالمكان وهو الكوفة، حتى لو اشترى وباع بالكوفة من غير أهلها جاز، ولا يقال في هذا عدول عن ظاهر اللفظ؛ فإن ظاهره يقتضي شراءه من كوفي لا من غير كوفي، سواء كان في الكوفة أو في غيرها، لأنا نقول: نعلم من كمال عقل رب المال أن مراده ذلك، لا مقصوده حفظ ماله وذا فيما قلنا لا فيما يقتضيه ظاهر اللفظ، وذلك لأن أهل الكوفة جم غفير غير محصور فكانوا على آراء مختلفة، وطبائع مختلفة لا يتفقون في المعاملة في السهولة، بل منهم من يستقصي، ومنهم من يتساهل، فعلمنا بهذا أن مراده تقييد التصرف بالكوفة سواء كان تصرفه مع أهلها أو لا، إليه أشار في المبسوط[٥]، وفيه نوع تأمل.

---

(١) انظر المتن ص ٧٦.
(٢) انظر المتن ص ٧٨.
(٣) المبسوط للسرخسي (٢٢/ ٤١).
(٤) انظر المتن ص ٧٨.
(٥) المبسوط للسرخسي (٢٢/ ٤٢).

أَوْ دَفَعَ مالاً فِي الصَّرْفِ عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ مِن الصَّيَارِفَةِ وَيَبِيعَ مِنهُمْ: فَبَاعَ بِالكُوفَةِ مِن غَيْرِ أَهْلِهَا أَوْ مِن غَيْرِ الصَّيَارِفَةِ جَازَ؛ لِأَنَّ فَائِدَةَ الأَوَّلِ: التَّقْيِيدُ بِالمَكَانِ، وَفَائِدَةَ الثَّانِي: التَّقْيِيدُ بِالنَّوْعِ، وَهَذَا هُوَ المُرَادُ عُرْفًا لَا فِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ إِنْ وَقَّتَ لِلْمُضَارَبَةِ وَقْتًا بِعَيْنِهِ: يَبْطُلُ العَقْدُ بِمُضِيِّهِ) لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ فَيَتَوَقَّتُ بِمَا وَقَّتَهُ، وَالتَّوْقِيتُ مُفِيدٌ، وَأَنَّهُ تَقْيِيدٌ بِالزَّمَانِ فَصَارَ كَالتَّقْيِيدِ بِالنَّوْعِ وَالمَكَانِ.

قوله: (وفائدة الثاني -، وهو قوله: (أن يشتري من الصيارفة) - التقييد)، أي: كان هذا من رب المال تخصيصًا بالنوع، وهو بيع الصرف حتى كان له أن يشتري من غير الصيارفة ما بدا له من الصرف؛ لأنه لما لم يخص المعاملة بشخص بعينه، بل خص من يعامل بذلك النوع مع [أن][1] لهم آراء مختلفة علم أن مراده تخصيص بيع الصرف.

[٢/ ٢٨٥/ ب] **قوله: (لأنه)**، أي: عقد المضاربة **(توكيل وتوقيت)**، أي: يصح توقيته، وبه قال أحمد في ظاهر روايته[2]، وقال الشافعي[3]، ومالك[4]، وأحمد في رواية[5]: لا يصح توقيته؛ لأنه يؤدي إلى ضرر بالعامل؛ لأنه قد يكون الربح في بيع المتاع بعد الوقت المعين، ولأنه ليس من مقتضى العقد ولا له فيه مصلحة؛ لأنه قد يكون المال ناضًّا فيحتاج إلى البيع.

وقال بعض أصحاب الشافعي: إن شرط المدة على أن لا يبيع بعدها لم يصح، وإن شرط على أن لا يشتري بعدها صح.

وقلنا: في التوقيت فائدة فيصح؛ كالتوقيت بالنوع، ولرب المال منعه من البيع والشراء إذا رضي أن يأخذ برأس ماله عرضًا فقد شرط ما هو مقتضى العقد فيصح.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٥٠)، والفروع لابن مفلح (٧/ ٨٥).

(٣) انظر: البيان للعمراني (٧/ ١٩٧)، والمجموع للنووي (١٤/ ٣٩٦).

(٤) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ٣٤)، وشرح مختصر خليل للخرشي (٦/ ٢٠٦).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٥٠)، والإنصاف للمرداوي (٥/ ٤٣٠).

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يُعْتَقُ عَلَى رَبِّ المَالِ لِقَرَابَةٍ أَوْ غَيْرِهَا) لِأَنَّ العَقْدَ وُضِعَ لِتَحْصِيلِ الرِّبْحِ وَذَلِكَ بِالتَّصَرُّفِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، وَلَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ لِعِتْقِهِ، وَلِهَذَا لَا يَدْخُلُ فِي المُضَارَبَةِ شِرَاءُ مَا لَا يُمْلَكُ بِالقَبْضِ كَشِرَاءِ الخَمْرِ وَالشِّرَاءِ بِالمَيْتَةِ. بِخِلَافِ البَيْعِ الفَاسِدِ، لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ بَيْعُهُ بَعْدَ قَبْضِهِ فَيَتَحَقَّقُ المَقْصُودُ.

قَالَ: (وَلَوْ فَعَلَ: صَارَ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ دُونَ المُضَارَبَةِ) ....

قوله: (أو غيرها)، أي: غير القرابة كالمحلوف بعتقه، وبه قال أكثر الفقهاء إذا كان بغير إذن رب المال، وإن كان بإذنه يصح وتنفسخ المضاربة.

أما الوكيل بالشراء لو اشترى من يعتق على رب المال يصح ولا يصير مخالفًا؛ لأنه أطلق الوكالة إطلاقًا، وفي المضاربة لم يطلق، بل قيدها بوصف وهو الشراء بما يظهر الربح فيه بالبيع، فإذا اشترى ما لا يقدر على بيعه فقد خالف فلا يقع على المضاربة.

ولهذا لو قيد الوكالة بقيد بأن قال: اشتر لي جارية، أو عبدًا أبيعه، فاشترى عليه من يعتق عليه صار مخالفًا كما في المضاربة، كذا في شرح الطحاوي(١).

وقوله: (بخلاف البيع الفاسد)، متعلق بقوله (شراء ما لا يملك بالقبض)، أي: لا يدخل في عقد المضاربة ذلك ويدخل البيع الفاسد؛ لأن المبيع يملك بالقبض فلا يكون المضارب مخالفًا بالبيع الفاسد، وعند الأئمة الثلاثة في البيع الفاسد لا يملك بالقبض كالباطل كما لو اشترى خمرًا، أو خنزيرًا، أو ميتةً، أو دمًا، أو مكاتبًا، أو أم ولد، أو اشترى ثوبًا بميتة أو دم لأنها لا تملك بالقبض فلا يدخل تحت الإذن، أما لو اشترى ثوبًا بخمر، أو خنزير لا يكون مخالفًا عندنا، وعندهم يكون مخالفًا.

قوله: (ولو فعل)، أي: اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريًا لنفسه وضمن الثمن إن نقده من مال المضاربة، وقال مالك: إن كان العامل عالمًا موسرًا عتق وكان ولاؤه لرب المال، وعلى العامل غرم ثمنه، وإن كان العامل عالمًا معسرًا بيع منه بقدر رأس المال، وإن كان غير عالم عتق على رب المال ولا غرم على العامل، ولهذا لو ظهر ربح يرجع العامل على رب المال بحصته

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٢/١٦٣)، وبدائع الصنائع للكاساني (٢٦).

لِأَنَّ الشِّرَاءَ مَتَى وَجَدَ نَفَاذًا عَلَى الْمُشْتَرِي نَفَذَ عَلَيْهِ كَالوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ إِذَا خَالَفَ. قَالَ: (فَإِنْ كَانَ فِي المَالِ رِبْحٌ: لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ يَعْتِقُ عَلَيْهِ نَصِيبُهُ وَيُفْسِدُ نَصِيبَ رَبِّ المَالِ، أَوْ يُعْتِقُ عَلَى الِاخْتِلَافِ المَعْرُوفِ، فَيَمْتَنِعُ التَّصَرُّفُ فَلَا يَحْصُلُ المَقْصُودُ (وَإِنْ اشْتَرَاهُمْ ضَمِنَ مَالَ المُضَارَبَةِ) لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُشْتَرِيًا العَبْدَ لِنَفْسِهِ فَيَضْمَنُ بِالنَّقْدِ مِن مَالِ المُضَارَبَةِ، (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي المَالِ رِبْحٌ: جَازَ أَنْ يَشْتَرِيَهُمْ)، لِأَنَّهُ لَا مَانِعَ مِن التَّصَرُّفِ، إِذْ لَا شَرِكَةَ لَهُ فِيهِ لِيُعْتَقَ عَلَيْهِ ....

فيه، ذكره في الجواهر[١].

وقلنا: هذا ضمان الإتلاف، ويستوي فيه العلم والجهل.

وفي المبسوط: رب المال مخير إن شاء ضمن البائع ويرجع البائع بمثله على المضارب، وإن شاء ضمن المضارب؛ لأنه قضى بمال المضاربة دينًا عليه[٢].

قوله: (متى وجد نفاذًا)، قيد به لأنه إذا لم يجد نفاذًا عليه يتوقف، كما لو اشترى العبد المحجور، والصبي المحجور شيئًا يتوقف شراؤهما على إجازة المولى والولي.

قوله: (من يعتق عليه)، أي: على المضارب لم يجز شراؤه، وبه قال الشافعي في قولٍ، وقال في قولٍ: يصح ولا يعتق؛ لأنه لا يملك الربح بمجرد الظهور، بل يملكه بالقسمة في وجه[٣]، وبه قال أحمد في وجه[٤]، ومالك وفي قولٍ يصح[٥].

ويعتق نصيبه، وبه قال مالك، وأحمد في رواية، وإن لم يكن في المال ربح يصح شراؤه بإجماع الأئمة الأربعة.

(١) عقد الجواهر الثمينة للسعدي (٣/ ٩٠٤).
(٢) المبسوط للسرخسي (٢٢/ ١٦٣).
(٣) انظر: الأم للشافعي (٦/ ٢٧٢)، والحاوي الكبير للماوردي (٧/ ٣٢٣).
(٤) انظر: المبدع لابن مفلح (٤/ ٣٧٣)، والإنصاف للمرداوي (٥/ ٤٣٣).
(٥) انظر: المدونة لابن القاسم (٣/ ٦٥٩)، والمقدمات الممهدات لابن رشد الجد (٤/ ١٩).

(فَإِنْ زَادَتْ قِيمَتُهُمْ بَعْدَ الشِّرَاءِ: عَتَقَ نَصِيبُهُ مِنهُمْ) لِمِلْكِهِ بَعْضَ قَرِيبِهِ (وَلَمْ يَضْمَنْ لِرَبِّ المَالِ شَيْئًا) لِأَنَّهُ لَا صُنْعَ مِن جِهَتِهِ فِي زِيَادَةِ القِيمَةِ وَلَا فِي مِلْكِهِ الزِّيَادَةَ، لِأَنَّ هَذَا شَيْءٌ يَثْبُتُ مِن طَرِيقِ الحُكْمِ فَصَارَ كَمَا إِذَا وَرِثَهُ مَعَ غَيْرِهِ (وَيَسْعَى العَبْدُ فِي قِيمَةِ نَصِيبِهِ مِنهُ) لِأَنَّهُ احْتُسِبَتْ مَالِيَّتُهُ عِنْدَهُ فَيَسْعَى فِيهِ كَمَا فِي الوَرَثَةِ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ مَعَ المُضَارِبِ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ، فَاشْتَرَى بِهَا جَارِيَةً قِيمَتُهَا أَلْفٌ، فَوَطِئَهَا، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ يُسَاوِي أَلْفًا فَادَّعَاهُ، ثُمَّ بَلَغَتْ قِيمَةُ الغُلَامِ أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ وَالمُدَّعِي مُوسِرٌ، ....

قوله: (فإن زادت قيمتهم عتق نصيبه) أي نصيب العامل، وبه قال الشافعي في وجه، ومالك في رواية، وأحمد في رواية، ولا يضمن لرب المال شيئًا، وقال الشافعي، وأحمد في وجه، ومالك في رواية: يضمن إن كان موسرًا.

وقلنا: لا صنيع له في تملكه الزيادة فصار كما لو ورثه مع غيره.

صورته: امرأة اشترت ابن زوجها، ثم ماتت وتركت هذا الزوج وأخًا، يعتق نصيب الزوج، ولا يضمن شيئًا لأخيها.

قوله: (ويسعى العبد في قيمة نصيبه)، أي: نصيب رب المال، وبه قال الشافعي في قول، وأحمد في رواية، ومالك إن كان المضارب معسرًا.

(احتبست ماليته)، أي: مالية العبد، **(عنده)**، أي: عند العبد.

قوله: (والمدعي موسر)، قيد به لنفي الشبهة، وهي أن الضمان بسبب دعوة المضارب ضمان إعتاق في حق المولى، وضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار، فينبغي أن يضمن المضارب لرب المال إذا كان موسرًا، ومع ذلك لا يضمن.

وفي المغني لابن قدامة: إن ظهر الربح في المال تصح [٢/ ٢٨٦/أ] دعوته وتصير الجارية أم ولد له ويعتق الولد بالقيمة، وإن لم يظهر ربح قبل العلوق فالولد رقيق لأنه علقت منه في غير ملك، ولا شبهة ملك[١].

---

(١) المغني لابن قدامة (٥/ ٣٤).

فَإِنْ شَاءَ رَبُّ المَالِ اسْتَسْعَى الغُلَامَ فِي أَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَه) وَوَجْهُ ذَلِكَ: أَنَّ الدَّعْوَةَ صَحِيحَةٌ فِي الظَّاهِرِ حَمْلًا عَلَى فِرَاشِ النِّكَاحِ، لَكِنَّهُ لَمْ يَنْفُذْ لِفَقْدِ شَرْطِهِ وَهُوَ المِلْكُ لِعَدَمِ ظُهُورِ الرِّبْحِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا، أَعْنِي الأُمَّ وَالوَلَدَ مُسْتَحَقٌّ بِرَأْسِ المَالِ، كَمَالِ المُضَارَبَةِ إِذَا صَارَ أَعْيَانًا كُلُّ عَيْنٍ مِنهَا يُسَاوِي رَأْسَ

وقال مالك: يضمن قيمتها يوم الوطء - في رواية - إن ظهر ربح قبل العلوق حملًا على فراش النكاح وهو الاستيلاد بالنكاح.

(لكنه)، أي: ادعاء الولد لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك وشبهته فيكون الولد رقيقًا.

قوله: (**إذا صار أعيانًا**)، كما لو اشترى بمال المضاربة عبدًا، أو عبدًا[(١)]، وقيمة كل واحد يساوي رأس المال لا يظهر الربح عندنا، وعند زفر يظهر لتعين الجارية لرأس المال.

وقلنا: ليس أحدهما بأولى من الآخر فلا يتعين، وإذا كان كذلك لا يكون للمضارب نصيب لا في الجارية ولا في ولدها، حتى لو أعتقهما المضارب لا ينفذ عتقه، فلم تصح الدعوة.

ويضمن المضارب عقر الجارية لاعترافه بوطء جارية مملوكة لرب المال، وقد امتنع وجوب الحد لمكان الشبهة، وكان العقر في المضاربة، وللمضارب أن يبيعها وولدها جميعًا، وبه قالت الأئمة الثلاثة في رواية.

فإن قيل: يشكل على قوله أن مال المضاربة إذا صار أعيانًا لا يظهر الربح إذا كان رأس المال ألف درهم فاشترى عبدًا يساوي ألفين كان له الربح، وكذا لو اشترى فرسين كل واحد يساوي ألفًا كان له ربعها.

قلنا: هذا مما يتشبث به زفر في إثبات مذهبه.

وقلنا: إن الربح لا يظهر إلا بعد تحصيل رأس المال، ومن مذهب أبي حنيفة أن العبيد بين اثنين لا يقسمون جملة، بل كل واحد يكون بينهما على حياله، وإذا اعتبر وحده لم يفصل شيء عن رأس المال بخلاف الفرسين؛

---

(١) كذا في الأصل، وفي النسخة الثانية في هذا الموضع سقط مقدار سطر.

الْمَالِ لَا يَظْهَرُ الرِّبْحُ كَذَا هَذَا، فَإِذَا زَادَتْ قِيمَةُ الْغُلَامِ الآنَ، ظَهَرَ الرِّبْحُ فَنَفَذَتْ الدَّعْوَةُ السَّابِقَةُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَ الْوَلَدَ ثُمَّ ازْدَادَتْ الْقِيمَةُ.

لِأَنَّ ذَلِكَ إِنْشَاءُ الْعِتْقِ، فَإِذَا بَطَلَ لِعَدَمِ الْمِلْكِ لَا يَنْفُذُ بَعْدَ ذَلِكَ بِحُدُوثِ الْمِلْكِ، أَمَّا هَذَا فَإِخْبَارٌ فَجَازَ أَنْ يَنْفُذَ عِنْدَ حُدُوثِ الْمِلْكِ، كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عَبْدِ غَيْرِهِ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ، وَإِذَا صَحَّتْ الدَّعْوَةُ وَثَبَتَ النَّسَبُ عَتَقَ الْوَلَدُ لِقِيَامِ مِلْكِهِ فِي بَعْضِهِ، وَلَا يَضْمَنُ لِرَبِّ الْمَالِ شَيْئًا ....

لأنهما يقسمان جملة، وإذا اعتبرا جملة ظهر الربح، وكذا لو كان العبد واحدًا، أو عندهما العبيد بمنزلة أجناس مختلفة حكمًا، إلا أن يرى القاضي الصلاح في الجمع، أو يتراضوا على ذلك، ولم يوجد ذلك في مسألتنا، كذا في الأسرار.

قوله: (فنفذت الدعوة السابقة)، ويثبت النسب منه؛ لأن الدعوة كانت صحيحة حملًا لأمره على الصلاح بحكم النكاح ولكن لم يعمل لعدم الملك، بخلاف ما إذا أعتق المضارب الولد، ثم ازدادت قيمة الولد فإنه لا يصح الإعتاق السابق لأنه إنشاء، فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده.

(أما هذا)، أي: ادعاء النسب **(إخبار)**، إلى آخره، عتق الولد عندهما، وفسد الملك في الباقي عنده.

قوله: (ولا يضمن لرب المال شيئًا)، موسرًا كان أو معسرًا؛ لأن نفوذ العتق لمعنى حكمي لا صنع للمضارب فيه وهو ظهور الربح فيه، فصار كما لو ورث بعضه.

وقال الشافعي في وجه[1]، وأحمد في رواية، ومالك: يضمن له حصته إن كان موسرًا؛ لوجود الصنع منه وهو دعوة النسب فيضمن إذا ملكه.

وقلنا: الإفساد حصل هاهنا بالدعوة وبزيادة القيمة فكان الملك آخرهما وجودًا فيضاف الحكم إلى الملك.

أصله: مسألة السفيه والقدح الأخير.

ودليله: ما روي عن أبي بكر رضي الله عنه: أن رجلًا أقر بين يديه بالزنا ثلاثًا،

---

(١) انظر: البيان للعمراني (٧/ ٢١٩).

مِن قِيمَةِ الوَلَدِ، لِأَنَّ عِتْقَهُ ثَبَتَ بِالنَّسَبِ وَالمِلْكِ، وَالمِلْكُ آخِرُهُمَا فَيُضَافُ إِلَيْهِ وَلَا صُنْعَ لَهُ فِيهِ، وَهَذَا ضَمَانُ إِعْتَاقٍ فَلَا بُدَّ مِن التَّعَدِّي وَلَمْ يُوجَدْ (وَلَهُ أَنْ يَسْتَسْعِيَ الغُلَامَ) لِأَنَّهُ احْتُبِسَتْ مَالِيَّتُهُ عِنْدَهُ، وَلَهُ أَنْ يَعْتِقَ، لِأَنَّ المُسْتَسْعَى كَالمُكَاتَبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيَسْتَسْعِيهِ فِي أَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ، لِأَنَّ الأَلْفَ مُسْتَحَقٌّ بِرَأْسِ المَالِ، وَالخَمْسُمِائَةِ رِبْحٌ، وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا فَلِهَذَا يَسْعَى لَهُ فِي هَذَا المِقْدَارِ.

ثُمَّ إِذَا قَبَضَ رَبُّ المَالِ الأَلْفَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ المُدَّعِيَ نِصْفَ قِيمَةِ الأُمِّ، لِأَنَّ الأَلْفَ المَأْخُوذَ لَمَّا اسْتُحِقَّ بِرَأْسِ المَالِ لِكَوْنِهِ مُقَدَّمًا فِي الِاسْتِيفَاءِ، ظَهَرَ أَنَّ الجَارِيَةَ كُلَّهَا رِبْحٌ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا، وَقَدْ تَقَدَّمَتْ دَعْوَةٌ صَحِيحَةٌ لِاحْتِمَالِ الفِرَاشِ الثَّابِتِ بِالنِّكَاحِ وَتَوَقَّفَ نَفَاذُهَا لِفَقْدِ المِلْكِ، فَإِذَا ظَهَرَ المِلْكُ نَفَذَتْ تِلْكَ الدَّعْوَةُ وَصَارَتْ الجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، وَيَضْمَنُ نَصِيبَ رَبِّ المَالِ، لِأَنَّ هَذَا ضَمَانُ تَمَلُّكٍ وَضَمَانُ التَّمَلُّكِ لَا يَسْتَدْعِي صُنْعًا كَمَا إِذَا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً بِالنِّكَاحِ ثُمَّ مَلَكَهَا هُوَ وَغَيْرُهُ وِرَاثَةً: يَضْمَنُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ كَذَا هَذَا؛ بِخِلَافِ ضَمَانِ الوَلَدِ عَلَى مَا مَرَّ.

فقال: إياك والرابعة فإنها الموجبة، وقد ثبت الملك للمضارب هاهنا بلا صنعة لحصوله بتغير السعر ولم يوجد أي التعدي إذ التعدي لا يثبت بغير صنعة.

قوله: (**لأن الألف المأخوذ**)، أي من الاستسعاء دراهم فكان هو من جنس حقه كان هو أولى بالاستيفاء من الجارية.

قوله: (**بخلاف ضمان الولد**) فإنه ضمان إعتاق فلا بد فيه من التعدي ولم يوجد، ولما صارت الجارية ربحًا فعقرها الواجب على المضارب يصير ربحًا أيضًا فيكون بينهما.

قوله: (**على ما مر**)، إشارة إلى **قوله**: (لأن عتقه بالنسب والملك، والملك آخرهما ولا صنع له فيه)، كذا ذكره المرغيناني، والمحبوبي، وقاضي خان، والله أعلم.

باب المُضَارِبِ يُضَارِبَ

قَالَ: (وَإِذَا دَفَعَ المُضَارِبُ المَالَ إِلَى غَيْرِهِ مُضَارَبَةً وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ رَبُّ المَالِ: لَمْ يَضْمَنْ بِالدَّفْعِ، وَلَا يَتَصَرَّفُ المُضَارِبُ الثَّانِي حَتَّى يَرْبَحَ، فَإِذَا رَبِحَ: ضَمِنَ الأَوَّلُ لِرَبِّ المَالِ) وَهَذَا رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا عَمِلَ بِهِ ضَمِنَ، رَبِحَ أَوْ لَمْ يَرْبَحْ، وَهَذَا ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: يَضْمَنُ بِالدَّفْعِ عَمِلَ أَوْ لَمْ يَعْمَلْ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ(*)، لِأَنَّ المَمْلُوكَ لَهُ الدَّفْعُ عَلَى وَجْهِ الإِيدَاعِ، وَهَذَا الدَّفْعُ عَلَى وَجْهِ المُضَارَبَةِ.

وَلَهُمَا: أَنَّ الدَّفْعَ إِيدَاعٌ حَقِيقَةً، وَإِنَّمَا يَتَقَرَّرُ كَوْنُهُ لِلْمُضَارَبَةِ بِالعَمَلِ فَكَانَ الحَالُ مُرَاعًى قَبْلَهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الدَّفْعَ قَبْلَ العَمَلِ إِيدَاعٌ، وَبَعْدَهُ إِبْضَاعٌ، وَالفِعْلَانِ يَمْلِكُهُمَا المُضَارِبُ فَلَا يَضْمَنُ بِهِمَا، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا رَبِحَ فَقَدْ أَثْبَتَ لَهُ شَرِكَةً فِي المَالِ،

بَابُ المُضَارِبِ يُضَارِبُ

لما ذكر حكم المضاربة الأولى ذكر في هذا الباب حكم الثانية؛ إذ الثانية تتلو الأولى، والثانية مركبة، والمركب يتلو المفرد.

ثم المضارب إذا دفع لآخرَ مضاربة وإن لم يملك بغير إذن رب المال - وقد مر - لم يضمن بمجرد الدفع، وهو ظاهر الرواية، وعند زفر ورواية عن أبي يوسف: يضمن بمجرد الدفع، فيضمن الأول بالدفع، والثاني [٢/ ٢٨٦/ ب] بالأخذ وصار كالمودع إذا أعار الوديعة من غيره، كذا في المبسوط[1].

وقلنا: لا يصير مخالفًا بمجرد الدفع؛ لأن نفس الدفع إيداع، وله ولاية الإيداع، فإذا عمل صار مخالفًا عندهما لتقرر كونه مضاربًا.

قوله: (والحال مراعى قبله)، أي: قبل العمل، أي: الحال موقوف إن عَمِلَ ضَمِنَ وإلا فلا، وأبو حنيفة يقول: يملك الدفع للعمل فيه؛ لأنه يملك الإبضاع فلا يضمن بالعمل ما لم يربح.

(وهذا)، أي: الضمان عليهما عند الربح، أو العمل على الاختلاف إذا

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) المبسوط للسرخسي (٢٢/ ٩٩).

فَيَضْمَنُ كَمَا لَوْ خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ، وَهَذَا إِذَا كَانَتْ الْمُضَارَبَةُ صَحِيحَةً، فَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً لَا يَضْمَنُهُ الأَوَّلُ، وَإِنْ عَمِلَ الثَّانِي، لِأَنَّهُ أَجِيرٌ فِيهِ وَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ فَلَا تَثْبُتُ الشَّرِكَةُ بِهِ.

ثُمَّ ذَكَرَ فِي الكِتَابِ: يَضْمَنُ الأَوَّلُ، وَلَمْ يَذْكُرْ الثَّانِيَ. وَقِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ لَا يَضْمَنَ الثَّانِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِنْدَهُمَا: يَضْمَنُ بِنَاءً عَلَى اخْتِلَافِهِمْ فِي مُودِعِ المُودَعِ. وَقِيلَ: رَبُّ المَالِ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الأَوَّلَ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الثَّانِيَ بِالإِجْمَاعِ وَهُوَ المَشْهُورُ، وَهَذَا عِنْدَهُمَا ظَاهِرٌ وَكَذَا عِنْدَهُ، وَوَجْهُ الفَرْقِ لَهُ بَيْنَ هَذِهِ وَبَيْنَ مُودِعِ المُودَعِ: أَنَّ المُودَعَ الثَّانِيَ يَقْبِضُهُ لِمَنْفَعَةِ الأَوَّلِ فَلَا يَكُونُ ضَامِنًا، أَمَّا المُضَارِبُ الثَّانِي يَعْمَلُ فِيهِ لِنَفْعِ نَفْسِهِ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ ضَامِنًا. ثُمَّ إِنْ ضَمِنَ الأَوَّلُ صَحَّتْ المُضَارَبَةُ بَيْنَ الأَوَّلِ وَبَيْنَ الثَّانِي وَكَانَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا، لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ مِن حِينِ خَالَفَ بِالدَّفْعِ إِلَى غَيْرِهِ لَا عَلَى الوَجْهِ الَّذِي رَضِيَ بِهِ،

كانت المضاربة صحيحة، أطلق لفظ المضاربة - ولم يذكر أن المراد بها المضاربة الأولى، أو الثانية، أو كل منهما - فيتناول الكل بدليل ما ذكر في الذخيرة: وإنما يجب الضمان عليهما إذا كانت المضاربتان جاريتين، أما إذا كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما؛ لأن الضمان بسبب اشتراك الثاني في الربح ولم يوجد؛ لأن المضارب استأجر الثاني ليعمل في المال وله ذلك، ولا ضمان على الثاني لأنه أجير فلا ضمان على واحد منهما.

وكذا لو كانت الأولى جائزة، والثانية فاسدة فلا ضمان لما ذكرنا أنه استأجر الثاني، وكذا إن كانت الأولى فاسدة، والثانية جائزة؛ لأن الأولى لما كانت فاسدة لا تفيد الشركة في الربح فتكون الثانية فاسدة فلا تثبت الشركة في الثانية، هذا كله من الذخيرة[١].

أما عند زفر والأئمة الثلاثة: إذا تلف المال في يد الثاني فالمالك مخير في التضمين لحصول المخالفة بمجرد الدفع سواء عمل أو لم يعمل كما في الغاصب مع غاصب الغاصب.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٩٧)، والبناية شرح الهداية للعيني (١٠/ ٦٦).

فَصَارَ كَمَا إِذَا دَفَعَ مَالَ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمِنَ الثَّانِي رَجَعَ عَلَى الأَوَّلِ بِالعَقْدِ، لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ كَمَا فِي المُودَعِ، وَلِأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِن جِهَتِهِ فِي ضِمْنِ العَقْدِ.

وَتَصِحُّ المُضَارَبَةُ وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا ....

قوله: (وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد)، وبه قال الشافعي[1]، ومالك[2]، وأحمد في رواية إن لم يعلم بحال المضارب الأول، وإن علم لم يرجع عليه بشيء رواية واحدة[3].

وقيد بالعقد أي يرجع إليه بسبب العقد؛ لأنه بالعقد التزم سلامة المقبوض عن الضمان، فإذا لم يسلم يرجع عليه، وفي بعض النسخ: (بالعهدة)، أي: بالضمان لما ذكرنا أنه التزم له سلامة المقبوض.

فإن قيل: ينبغي أن يفسد الدفع إلى الثاني؛ لأنه في ضمن المضاربة الأولى فيفسد بفساده.

قلنا: الدفع أمر حِسِّيّ، والاقتضاء لا يثبت في الحِسِّيِّ، وإنما هذا في أمر شرعي.

(لأنه)، أي: المضارب الثاني عامل له أي للأول فيه أي في ذلك العمل ولا يقال هذا تناقض حيث قال آنفًا أن الثاني **(عامل)** لنفسه فيه لأنا نقول قال ذلك بحسب اختلاف الجهة؛ لما أن المضاربة مشتملة على عقود فالثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح، وعامل لغيره بسبب أنه في الابتداء مودَع، وعمل المودع وهو الحفظ للمودِع فاندفع التناقض لاختلاف الجهة.

قوله: (كما في المودَع)، أي مودَع الغاصب فإنه يرجع على الغاصب.

قوله: (والربح بينهما)، أي: بين المضاربين على ما شرطا، وقال الشافعي، وأحمد: الربح لمالكه، ولا شيء للمضارب الأول، وللثاني أجر مثله على الروايتين.

وفي الحلية: هي على القولين في الغاصب إذا اشترى في الذمة ونقد له

---

(١) انظر: التنبيه للشيرازي (ص ١١١)، والمجموع للنووي (١٤/ ٢٠٩).
(٢) انظر: منح الجليل لعليش (٥/ ٤٢٩).
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٣٥)، والشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة (٥/ ١٥٢).

عَلَى مَا شَرَطَا، لِأَنَّ قَرَارَ الضَّمَانِ عَلَى الأَوَّلِ، فَكَأَنَّهُ ضَمِنَهُ ابْتِدَاءً، وَيَطِيبُ الرِّبْحُ لِلثَّانِي وَلَا يَطِيبُ لِلْأَعْلَى، لِأَنَّ الأَسْفَلَ يَسْتَحِقُّهُ بِعَمَلِهِ وَلَا خُبْثَ فِي العَمَلِ، وَالأَعْلَى يَسْتَحِقُّهُ بِمِلْكِهِ المُسْتَنِدِ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ وَلَا يُعَرَّى عَنْ نَوْعِ خُبْثٍ.

قَالَ: (فَإِذَا دَفَعَ إليه رَبُّ المَالِ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ، وَأَذِنَ لَهُ بِأَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى غَيْرِهِ،

المال المغصوب وربح، فإن قلنا بالقول القديم فالربح لرب المال، وإن قلنا بالجديد فالربح للعامل الأول، وللثاني أجر مثله، قاله المزني، وقيل للثاني[1].

وقال مالك: إن اتفق الحران فالربح بين رب المال والعامل الثاني ولا شيء للأول، وإن اختلفا وكان الأول أكثر فالزائد للمالك، وإن كان أقل فلرب المال شرطه، ويرجع العمل الثاني على العامل الأول.

وقيل: للعامل حصته كاملة، ويرجع المالك على الأول بباقي حصته.

وقلنا: إن الضمان استقر على الأول فثبت الملك له، فكأنه ضمنه ابتداءً، بخلاف ما إذا رهن من آخر عبدًا فأبق من يد المرتهن، ثم استحق العبد، فإن ضمن الراهن صح الرهن كما صحت المضاربة هنا، وسقط الدين المرتهن، وإن ضمن المرتهن يرجع بما ضمن على الراهن وبالدين أيضًا ولا يصح الرهن، مع أن قرار الضمان على الراهن، وهاهنا صحت المضاربة مع إقرار الضمان على الأول، ذكره في المسألة في المغني.

والفرق أن استرداد القيمة كاسترداد العين فينتقض قبض المرتهن باسترداد المستحق القيمة، وبدون قبضه لا يكون مرهونًا، وهاهنا أيضًا استرداد المثل كاسترداد العين، ولكن لا تنعدم به ابتداءً اليد للمضارب على المال، واستدامته ليست بشرط لحكم المضاربة، حتى لو رد المضارب على رب المال [٢/ ٢٨٧/ أ] واستعان به على العمل كان الربح بينهما على الشرط، ولو ردَّ المرتهن الرهن على الراهن بعارية وغيرها يخرج من ضمان الرهن، كذا في المبسوط[2].

قوله: (لا يعرى عن نوع خبث)؛ إذ الملك الحاصل بأداء الضمان مستند ثابت من وجه دون وجه.

---

(١) حلية العلماء للشاشي (٥/ ٣٣٦).

(٢) المبسوط للسرخسي (٢٢/ ٩٩).

فَدَفَعَهُ بِالثُّلُثِ .وَقَدْ تَصَرَّفَ الثَّانِي وَرَبِحَ، فَإِنْ كَانَ رَبُّ المَالِ قَالَ لَهُ: عَلَى أَنَّ مَا رَزَقَ اللَّهُ فَهُوَ بَيْنَنَا نِصْفَانِ، فَلِرَبِّ المَالِ النِّصْفُ، وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي الثُّلُثُ، وَلِلْمُضَارِبِ الأَوَّلِ السُّدُسُ) لِأَنَّ الدَّفْعَ إِلَى الثَّانِي مُضَارَبَةً قَدْ صَحَّ لِوُجُودِ الأَمْرِ بِهِ مِن جِهَةِ المَالِكِ، وَرَبُّ المَالِ شَرَطَ لِنَفْسِهِ نِصْفَ جَمِيعِ مَا رَزَقَ اللَّهُ تَعَالَى فَلَمْ يَبْقَ لِلأَوَّلِ إِلَّا النِّصْفُ، فَيَتَصَرَّفُ تَصَرُّفُهُ إِلَى نَصِيبِهِ وَقَدْ جَعَلَ مِن ذَلِكَ بِقَدْرِ ثُلُثِ الجَمِيعِ لِلثَّانِي فَيَكُونُ لَهُ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا السُّدُسُ، وَيَطِيبُ لَهُمَا، ذَلِكَ لِأَنَّ فِعْلَ الثَّانِي وَاقِعٌ لِلأَوَّلِ، كَمَنْ اسْتُؤْجِرَ عَلَى خِيَاطَةِ ثَوْبٍ بِدِرْهَمٍ وَاسْتَأْجَرَ غَيْرَهُ عَلَيْهِ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ (وَإِنْ كَانَ قَالَ لَهُ: عَلَى أَنَّ مَا رَزَقَكَ اللَّهُ ....

قوله: (فهو بيننا نصفان)، وفي المبسوط: وكذا لو قال: ما كان في ذلك من رزق فهو بيننا نصفان، أو قال: خذه مضاربة بالنصف، فالحكم واحد[١].

(فتنصرف تصرفه)، أي: تصرف المضارب الأول (إلى نصيبه)، وإن لم يكن على قدر نصيبه؛ كأحد الشريكين في العبد إذا باع لمثله.

(ويطيب لهما)، أي: للمضارب والثاني.

وفي المغني لابن قدامة: ولو ضارب المضارب الأول وكيلًا لرب المال في ذلك، فإذا دفعه إلى آخر ولم يشترط لنفسه شيئًا من الربح كان صحيحًا، وإن شرط لم يضمن الثاني له؛ لأنه ليس من جهة مال ولا عمل، والربح إنما يستحق بواحد منهما[٢].

وقلنا: فعل الثاني واقع؛ كمن استأجر رجلًا على خياطة ثوب بدرهم، واستأجر الخياط آخر بنصف درهم.

قوله: (على أن ما رزقك الله)، إلى آخره، وكذا الحكم لو قال: ما ربحت في هذا من شيء، أو قال: علَى أن ما كان لك من فضل الربح، أو قال: علَى أن ما كسبت فيه من كسب، أو قال: علَى أن ما رزقت فيه من شيء، أو قال: على أن ما صار لك فيه من ربح فهو بيننا نصفان، أو قال: اعمل فيه برأيك ففي

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٢/ ١٠٣).
(٢) المغني لابن قدامة (٥/ ٣٦).

فَهُوَ بَيْنَنَا نِصْفَانِ، فَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي الثُّلُثُ، وَالبَاقِي بَيْنَ المُضَارِبِ الأَوَّلِ وَرَبِّ المَالِ نِصْفَانِ) لِأَنَّهُ فَوَّضَ إِلَيْهِ التَّصَرُّفَ وَجَعَلَ لِنَفْسِهِ نِصْفَ مَا رُزِقَ الأَوَّلُ وَقَدْ رُزِقَ الثُّلُثَيْنِ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا، بِخِلَافِ الأَوَّلِ، لِأَنَّهُ جَعَلَ لِنَفْسِهِ نِصْفَ جَمِيعِ الرِّبْحِ فَافْتَرَقَا (وَلَوْ كَانَ قَالَ لَهُ: فَمَا رَبِحْت مِن شَيْءٍ فَبَيْنِي وَبَيْنَك نِصْفَانِ وَقَدْ دَفَعَ إِلَى غَيْرِهِ بِالنِّصْفِ: فَلِلثَّانِي النِّصْفُ، وَالبَاقِي بَيْنَ الأَوَّلِ وَرَبِّ المَالِ) لِأَنَّ الأَوَّلَ شَرَطَ لِلثَّانِي نِصْفَ الرِّبْحِ، وَذَلِكَ مُفَوَّضٌ إِلَيْهِ مِن جِهَةِ رَبِّ المَالِ فَيَسْتَحِقُّهُ.

وَقَدْ جَعَلَ رَبُّ المَالِ لِنَفْسِهِ نِصْفَ مَا رَبِحَ الأَوَّلُ وَلَمْ يَرْبَحْ إِلَّا النِّصْفُ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا (وَلَوْ كَانَ قَالَ لَهُ: عَلَى أَنَّ مَا رَزَقَ اللَّهُ تَعَالَى فَلِي نِصْفُهُ، أَوْ قَالَ: فَمَا كَانَ مِن فَضْلٍ فَبَيْنِي وَبَيْنَك نِصْفَانِ، وَقَدْ دَفَعَ إِلَى آخَرَ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ: فَلِرَبِّ المَالِ النِّصْفُ، وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي النِّصْفُ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُضَارِبِ الأَوَّلِ) لِأَنَّهُ جَعَلَ لِنَفْسِهِ

جميع هذه الصور للمضارب الثاني ما شرط، والباقي بين المضارب الأول ورب المال بهذه الألفاظ ما شرط لنفسه نصف جميع، بل شرط نصف ما يُحَصِّلُ الأول من الربح؛ لأنه أضاف إليه بحرف الخطاب وهو الكاف والباء، بخلاف الأول حيث شرط لنفسه نصف ربح جميع المال، كذا في المبسوط[١].

قوله: **(لأنه)**، أي: رب المال، **(جعل لنفسه نصف)** مطلق الفضل ولا يسلم له النصف المطلق إلا وأن ينصرف، وشرط المضارب الأول النصف الثاني إلى نصيبه خاصة فانصرف إليه، فإذا انصرف إلى نصيبه خرج من البين بخلاف الفصل الأول حيث شرط رب المال لنفسه نصف ربح ينسب إلى المضارب الأول حيث قال: ربحت، أو ما رزقك الله، إليه أشار في الذخيرة.

قوله: (وهو)[٢]، أي: الغرور في ضمن العقد سبب الرجوع، قيد الغرور في ضمن العقد؛ لأن الغرر ولو لم يمكن في ضمن العقد لا يكون موجبًا للضمان كما لو قال لآخر: هذا الطريق آمن وهو ليس بآمن فدخل فيه فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٢/ ١٠٣).

(٢) انظر المتن ص ٩١.

نِصْفَ مُطْلَقِ الفَضْلِ، فَيَنْصَرِفُ شَرْطُ الأَوَّلِ النِّصْفَ لِلثَّانِي إِلَى جَمِيعِ نَصِيبِهِ، فَيَكُونُ لِلثَّانِي بِالشَّرْطِ، وَيَخْرُجُ الأَوَّلُ بِغَيْرِ شَيْءٍ، كَمَنْ اسْتُؤْجِرَ لِيَخِيطَ ثَوْبًا بِدِرْهَمٍ فَاسْتَأْجَرَ غَيْرَهُ لِيَخِيطَهُ بِمِثْلِهِ (وَإِنْ شَرَطَ لِلْمُضَارِبِ الثَّانِي ثُلُثَيْ الرِّبْحِ فَلِرَبِّ المَالِ النِّصْفُ، وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي النِّصْفُ وَيَضْمَنُ المُضَارِبُ الأَوَّلُ لِلثَّانِي سُدُسَ الرِّبْحِ فِي مَالِهِ) لِأَنَّهُ شَرَطَ لِلثَّانِي شَيْئًا هُوَ مُسْتَحَقٌّ لِرَبِّ المَالِ فَلَمْ يَنْفُذْ فِي حَقِّهِ لِمَا فِيهِ مِن الإِبْطَالِ، لَكِنَّ التَّسْمِيَةَ فِي نَفْسِهَا صَحِيحَةٌ لِكَوْنِ المُسَمَّى مَعْلُومًا فِي عَقْدٍ يَمْلِكُهُ وَقَدْ ضَمِنَ لَهُ السَّلَامَةَ فَيَلْزَمُهُ الوَفَاءُ بِهِ، وَلِأَنَّهُ غَرَّهُ فِي ضِمْنِ العَقْدِ، وَهُوَ سَبَبُ الرُّجُوعِ، فَلِهَذَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ، وَهُوَ نَظِيرُ مَنْ اسْتُؤْجِرَ لِخِيَاطَةِ ثَوْبٍ بِدِرْهَمٍ فَدَفَعَهُ إِلَى مَنْ يَخِيطُهُ بِدِرْهَمٍ وَنِصْفٍ.

فَصْلٌ: [شَرَطَ المُضَارِبُ لرَبِّ المَالِ ثُلُثَ الرِّبْحِ وَلِعَبْدِ رَبِّ المَالِ ثُلُثَ الرِّبْحِ]

(وَإِذَا شَرَطَ المُضَارِبُ لِرَبِّ المَالِ ثُلُثَ الرِّبْحِ، وَلِعَبْدِ رَبِّ المَالِ ثُلُثَ الرِّبْحِ

(فَصْلٌ)

هذه المسألة تجانس الأولى من حيث اشتراط المضارب في الربح، وتخالفها من حيث إدخال عبد رب المال في استحقاق الربح فصلها بفصل.

قوله: (وثلث الربح لعبد رب المال)، فالتقييد بعبد رب المال لا للشرط فإن حكم عبد المضارب كذلك، وكذا لو شرط لأجنبي، وكذا كل من لا تقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له.

وقيل: قيد بعبد رب المال لأن فيه خلاف بعض أصحاب الشافعي، وبعض أصحاب أحمد، وفي غيره لا خلاف، وعند أكثر أصحاب الشافعي، وظاهر قول أحمد ومالك يصح اشتراط العمل على غلام رب المال كقولنا.

وجه قول البعض أن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال.

وقلنا: اشتراط العمل عليه لا يمنع من التسليم والتخلية؛ لأن يده معتبرة، بخلاف اشتراطه على رب المال فإنه مانع من التسليم والتخلية كما ذكر في المتن، ولأن عمل الغلام كمال سيده فصح ضمه إليه، كما صح أن تضم بهيمة

عَلَى أَنْ يَعْمَلَ العبدُ مَعَهُ، وَلِنَفْسِهِ ثُلُثَ الرِّبْحِ: فَهُوَ جَائِزٌ) لِأَنَّ لِلْعَبْدِ يَدًا مُعْتَبَرَةً خُصُوصًا إِذَا كَانَ مَأْذُونًا لَهُ، وَاشْتِرَاطُ العَمَلِ إِذْنٌ لَهُ، وَلِهَذَا: لَا يَكُونُ لِلْمَوْلَى وِلَايَةُ أَخْذِ مَا أَوْدَعَهُ العَبْدُ وَإِنْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ، وَلِهَذَا: يَجُوزُ بَيْعِ المَوْلَى مِن عَبْدِهِ المَأْذُونِ لَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ مَانِعًا مِن التَّسْلِيمِ وَالتَّخْلِيَةُ بَيْنَ المَالِ وَالمُضَارِبِ، بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ العَمَلِ عَلَى رَبِّ المَالِ، لِأَنَّهُ مَانِعٌ مِن التَّسْلِيمِ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِذَا صَحَّتْ المُضَارَبَةُ يَكُونُ الثُّلُثُ لِلْمُضَارِبِ بِالشَّرْطِ، وَالثُّلُثَانِ لِلْمَوْلَى، لِأَنَّ كَسْبَ العَبْدِ لِلْمَوْلَى إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَهُوَ لِلْغُرَمَاءِ. هَذَا إِذَا كَانَ العَاقِدُ هُوَ المَوْلَى، (وَلَوْ عَقَدَ العَبْدُ المَأْذُونُ عَقْدَ المُضَارَبَةِ مَعَ أَجْنَبِيٍّ وَشَرَطَ العَمَلَ عَلَى المَوْلَى: لَا يَصِحُّ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ)، لِأَنَّ هَذَا اشْتِرَاطُ العَمَلِ عَلَى المَالِكِ، (وَإِنْ كَانَ عَلَى العَبْدِ دَيْنٌ صَحَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)، لِأَنَّ المَوْلَى بِمَنْزِلَةِ الأَجْنَبِيِّ عِنْدَهُ عَلَى مَا عُرِفَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ في العَزْلِ وَالقِسْمَةِ

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ رَبُّ المَالِ أَوْ المُضَارِبُ بَطَلَتْ المُضَارَبَةُ) لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَمَوْتُ المُوَكِّلِ يُبْطِلُ الوَكَالَةَ، وَكَذَا مَوْتُ الوَكِيلِ وَلَا تُورَثُ الوَكَالَةُ وَقَدْ مَرَّ مِن قَبْلُ.

(وَإِنْ ارْتَدَّ رَبُّ المَالِ عَنْ الإِسْلَامِ) وَالعِيَاذُ بِاللَّهِ ....

يحمل عليها.

قوله: (فهو جائز)، سواء كان على العبد دين أو لم يكن؛ لما ذكرنا أن عبد رب المال في حق المضارب كعبد الأجنبي.

قوله: (ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون)، أي: إذا كان مأذونًا على ما يجيء في المأذون إن شاء الله تعالى.

فَصْلٌ فِي العَزْلِ وَالقِسْمَةِ

لما ذكر حكم المضاربة شرع في بيان ما يبطله، تبطل المضاربة بموت رب المال أو المضارب ولا يعلم فيه خلاف.

(وَلَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ بَطَلَتْ المُضَارَبَةُ) لِأَنَّ اللُّحُوقَ بِمَنْزِلَةِ المَوْتِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقْسَمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ، وَقَبْلَ لُحُوقِهِ يَتَوَقَّفُ تَصَرُّفُ مُضَارِبِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ لَهُ فَصَارَ كَتَصَرُّفِهِ بِنَفْسِهِ (وَلَوْ كَانَ المُضَارِبُ هُوَ المُرْتَدُّ فَالمُضَارَبَةُ عَلَى حَالِهَا) لِأَنَّ لَهُ عِبَارَةً صَحِيحَةً، وَلَا تُوقَفُ فِي مِلْكِ رَبِّ المَالِ فَبَقِيَتْ المُضَارَبَةُ.

قَالَ: (فَإِنْ عَزَلَ رَبُّ المَالِ المُضَارِبَ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِعَزْلِهِ حَتَّى اشْتَرَى وَبَاعَ: فَتَصَرُّفُهُ جَائِزٌ) لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِن جِهَتِهِ وَعَزْلُ الوَكِيلِ قَصْدًا يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِهِ (وَإِنْ عَلِمَ

قوله: **(ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة)**، هذا إذا لم يعد مسلمًا، أما إذا عاد [٢/ ٢٨٧/ب] جاز جميع ما فعل المضارب من البيع والشراء، فكان عقد المضاربة على ما كان، بخلاف الوكالة حيث يعود الموكل مسلمًا لا تعود الوكالة لخروج محل التصرف عن ملكه، وفي المضاربة لا تبطل لمكان حق المضارب؛ كما لو مات حقيقة، كذا في المبسوط[١].

(لأنه)، أي: المضارب **(يتصرف له)** أي: لرب المال **(فصار كتصرفه بنفسه)** مرتدًّا فكان موقوفًا عند أبي حنيفة؛ لأن تصرف نائبه كتصرفه.

قوله: **(فالمضاربة على حالها)**، أي: بالاتفاق؛ لأن عند أبي حنيفة إنما توقف تصرفاته لمكان التوقف في أملاكه، ولا ملك للمضارب هاهنا في مال المضاربة، وله عبارة صحيحة، ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة والعهدة في جميع ما باع واشترى على رب المال في قول أبي حنيفة، فصار كالصبي المحجور عليه إذا توكل بالشراء للغير وبالبيع لزم العهدة على ذلك الغير، وذلك لأنه لو لزم العهدة عليه لكان قضى ذلك من ماله، ولا تصرف له في ماله، فصار كالصبي المحجور.

وعندهما تصرفه بعد الردة كتصرفه قبل الردة، فالعهدة عليه ويرجع بذلك على رب المال، كذا في المبسوط، والإيضاح[٢].

قوله: **(وعزل الوكيل قصدًا يتوقف على علمه)**، ولا يعلم فيه خلاف؛ لأن

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٢/ ١٠٣).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٢/ ١٢٧).

بِعَزْلِهِ وَالمَالُ عُرُوضٌ: **فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهَا، وَلَا يَمْنَعُهُ العَزْلُ مِن ذَلِكَ**) لِأَنَّ حَقَّهُ قَدْ ثَبَتَ فِي الرِّبْحِ، وَإِنَّمَا يَظْهَرُ بِالقِسْمَةِ وَهِيَ تُبْتَنَى عَلَى رَأْسِ المَالِ، وَإِنَّمَا يُنَضُّ بِالبَيْعِ. قَالَ: (**ثُمَّ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِثَمَنِهَا شَيْئًا آخَرَ**) لِأَنَّ العَزْلَ إِنَّمَا لَمْ يَعْمَلْ ضَرُورَةَ مَعْرِفَةِ رَأْسِ المَالِ، وَقَدْ انْدَفَعَتْ حَيْثُ صَارَ نَقْدًا فَيَعْمَلُ العَزْلُ (**فَإِنْ عَزَلَهُ وَرَأْسُ المَالِ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ وَقَدْ نَضَّتْ، لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهَا**) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي إِعْمَالِ عَزْلِهِ إِبْطَالُ حَقِّهِ فِي الرِّبْحِ فَلَا ضَرُورَةَ. قَالَ: وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ إِذَا كَانَ مِن جِنْسِ رَأْسِ المَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ: بِأَنْ كَانَ دَرَاهِمَ وَرَأْسُ المَالِ دَنَانِيرُ أَوْ عَلَى القَلْبِ، لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا بِجِنْسِ رَأْسِ المَالِ اسْتِحْسَانًا، لِأَنَّ الرِّبْحَ لَا يَظْهَرُ إِلَّا بِهِ وَصَارَ

العزل نهي، والأحكام المتعلقة لا يؤثر فيه النهي إلا بعد العلم، دليله أوامر الشرع ونواهيه.

قوله: (فله أن يبيعها)، أي: العروض، ثم لا يمنعه عزل رب المال عن بيعها عند أكثر أهل العلم، وعندنا يجوز بيعها نقدًا أو نسيئة كما قبل العزل، وعند من نهاه عن البيع نسيئة قبل العزل ينهاه عنه بعد العزل أيضًا، ولهذا لا ينهاه بعد العزل عن المسافرة إلا بتعميم التفويض، فالنهي صحيح وهو قول من نهاه عن المسافرة قبل العزل.

قوله: (وإنما ينض)، أي: ينقد بالبيع.

في المُغرب: نضيض الماء خروجه عن الحجر أو نحوه، وسيلانه قليلًا قليلًا من حد ضرب، ومنه: خذ ما نض لك من دينك، أي: ما تيسر وحصل، وفي الحديث: «**يَقْتَسِمانِ ما نَضَّ بينَهُما مِنَ العَيْنِ**»، أي صار ورقًا وعينًا بعد أن كان متاعًا، والناض عند أهل الحجاز: الدراهم والدنانير(١).

قوله: (له أن يبيعها بجنس رأس المال)، قيد به لأنه ليس له أن يشتري بالعروض، وهذا استحسان، وفي القياس لا يجوز لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية، فصار كأن رأس المال قد تعين وجه الاستحسان أن الواجب على

---

(١) انظر: المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٤٦٧).

كَالعُرُوضِ، وَعَلَى هَذَا مَوْتُ رَبِّ المَالِ وَلُحُوقُهُ بَعْدَ الرِّدَّةِ فِي بَيْعِ العُرُوضِ وَنَحْوِهَا. قَالَ: (وَإِذَا افْتَرَقَا وَفِي المَالِ دُيُونٌ وَقَدْ رَبِحَ المُضَارِبُ فِيهِ: أَجْبَرَهُ الحَاكِمُ عَلَى اقْتِضَاءِ الدُّيُونِ) لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الأَجِيرِ وَالرِّبْحُ كَالأَجْرِ لَهُ ....

المضارب أن يرد مثل رأس المال، وذا لا يمكن إلا أن يبيع ما في يده بجنس رأس المال فصار كالعروض، وبه قال الشافعي(١)، وأحمد(٢).

قوله: (وعلى هذا موت رب المال)، يعني ببيع العروض وبِنَضِّ رأس المال.

وفي الذخيرة: كل حق عرفته في الفصول كلها فهو الجواب في الموت ولحوقه مرتدًّا، فقد سوى بين العزل القصدي والحكمي في حق المضارب؛ لأن القصدي إنما لا يصح لما فيه من إبطال حق مستحق للمضارب، وذلك لا يتفاوت بين القصدي والحكمي(٣).

قوله: (ونحوها)، أي: نحو العروض بأن كان رأس المال دراهم وفي يده دنانير، أو على العكس.

قوله: (لأن الربح كالأجر له)، وقد سلم له بدل عمله وهو الربح فيجبر على إتمام عمله، ومن إتمام العمل استيفاء ما وجب من الديون على الناس، ولا يعلم فيه خلاف.

وإن لم يكن في المال ربح لم يلزمه الاقتضاء، وقال الشافعي، ومالك، وأحمد: لزمه الاقتضاء؛ لأنه بعقد المضاربة التزم رد رأس المال على صفته، والديون لا تجري مجرى الناضِّ فلزمه أن يَنُضَّه، كما لو ظهر ربح.

وقلنا: إذا لم يظهر الربح فإنه وكيل محض، والوكيل متبرع، والمتبرع لا يجبر على إتمام ما تبرع به.

وأما الواجب عليه رفع يده عن ذلك المال لا التسليم كالمودع، فإذا أحال

---

(١) انظر: البيان للعمراني (٧/ ٢٢٥)، والحاوي الكبير للماوردي (٧/ ٣٢٨).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٤٨)، والإقناع للحجاوي (٢/ ٢٦٨).

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ٦٧).

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ رِبْحٌ: لَمْ يَلْزَمْهُ الِاقْتِضَاءُ) لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مَحْضٌ وَالْمُتَبَرِّعُ لَا يُجْبَرُ عَلَى إيفَاءِ مَا تَبَرَّعَ بِهِ، (وَيُقَالُ لَهُ: وَكِّلْ رَبَّ الْمَالِ فِي الِاقْتِضَاءِ) لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَرْجِعُ إِلَى الْعَاقِدِ، فَلَا بُدَّ مِن تَوْكِيلِهِ وَتَوَكُّلِهِ كَيْ لَا يَضِيعَ حَقُّهُ. وَقَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: يُقَالُ لَهُ: أَحِّلْ مَكَانَ قَوْلِهِ: وَكِّلْ، وَالْمُرَادُ مِنهُ: الْوَكَالَةُ، وَعَلَى هَذَا سَائِرُ الْوَكَالَاتِ وَالْبَيَّاعُ وَالسِّمْسَارُ يُجْبَرَانِ عَلَى التَّقَاضِي، لِأَنَّهُمَا يَعْمَلَانِ بِأَجْرٍ عَادَةً.

فقد رفع يده فلا يلزمه أكثر منه؛ لأنه وكيل محض قبل ظهور الربح، كذا في شرح الأقطع، وأيضًا نقل عن العَلّامة مولانا حافظ الدين رحمه الله(١).

قوله: (وعلى هذا سائر الوكالات)، فإن الوكيل بالبيع لا يجبر على التقاضي، ولكن يجبر أن يحيل رب المال بالثمن على المشتري، وكذا المستبضع.

وأما الذي يبيع بالأجر كالبياع، والسمسار فإنه يجعل ذلك بمنزلة الإجارة الصحيحة بحكم العادة، فيجبر على التقاضي والاستيفاء؛ لأنه وصل إليه بدل عمله فهو كالمضارب.

وفي المبسوط: السمسار من يعمل للغير بالأجر بيعًا أو شراءً(٢).

[٢/ ٢٨٨/أ] روى قيس بن [أبي غَرَزَةَ](٣) وقال: كنا نبتاع الأوساق بالمدينة ونسمي أنفسنا السماسرة فخرج علينا رسول الله ﷺ فسمانا باسم أحسن من اسمنا، وقال: «**يا معشَرَ التُّجارِ إنّ البيعَ يحضُرُهُ اللّغوُ والحَلْفُ فشوبوهُ بِالصَّدَقَةِ**»(٤).

ولو دفع دراهم إلى سمسار وقال: اشتر لي بها رُطَبًا بأجر عشرة دراهم فهذا فاسد؛ لأنه استأجر بعمل مجهول، وكذا لو سمى لها عدد الثياب، أو

---

(١) انظر: الجوهرة النيرة للحدادي (١/ ٢٩٦)، ودرر الحكام لابن فرامرز (٢/ ٣١٦).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١١٥).

(٣) في الأصول: (بن عروة)، والمثبت من مصادر الحديث.

(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٤٢ رقم ٣٣٢٦)، والترمذي (٢/ ٥٠٥ رقم ١٢٠٨)، والنسائي (٧/ ١٤ رقم ٣٧٩٧)، وابن ماجه (٢/ ٧٢٦ رقم ٢١٤٥)، والحاكم (٢/ ٥ رقم ٢١٣٨).
وصححه الترمذي، والحاكم.

قَالَ: (وَمَا هَلَكَ مِن مَالِ المُضَارَبَةِ: فَهُوَ مِن الرِّبْحِ دُونَ رَأسِ المَالِ) لِأَنَّ الرِّبْحَ تَابِعٌ، وَصَرْفُ الهَلَاكِ إِلَى مَا هُوَ التَّبَعُ أَوْلَى كَمَا يُصْرَفُ الهَلَاكُ إِلَى العَفْوِ فِي الزَّكَاةِ (فَإِنْ زَادَ الهَالِكُ عَلَى الرِّبْحِ: فَلَا ضَمَانَ عَلَى المُضَارِبِ) لِأَنَّهُ أَمِينٌ (وَإِنْ كَانَا يَقْتَسِمَانِ الرِّبْحَ وَالمُضَارَبَةُ بِحَالِهَا، ثُمَّ هَلَكَ المَالُ بَعْضُهُ أَوْ كُلُّهُ: تَرَادَّا الرِّبْحَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ رَبُّ المَالِ رَأسَ المَالِ) لِأَنَّ قِسْمَةَ الرِّبْحِ لَا تَصِحُّ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ رَأسِ المَالِ، لِأَنَّهُ هُوَ الأَصْلُ، وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَيْهِ وَتَبَعٌ لَهُ، فَإِذَا هَلَكَ مَا فِي يَدِ المُضَارِبِ أَمَانَةً تَبَيَّنَ أَنَّ مَا اسْتَوْفَيَاهُ مِن رَأسِ المَالِ، فَيَضْمَنُ المُضَارِبُ مَا اسْتَوْفَاهُ، لِأَنَّهُ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ، وَمَا أَخَذَهُ رَبُّ المَالِ مَحْسُوبٌ مِن رَأسِ مَالِهِ (وَإِذَا اسْتَوْفَى رَأسَ المَالِ، فَإِنْ فَضَلَ

استأجر لبيع طعام أو شرائه.

ثم الحيلة في جوازه أن يستأجره يومًا إلى الليل بأجر معلوم ليبيع له، أو يشتري له؛ لأن العقد يتناول منافعه، وهي معلومة ببيان المدة، ولو لم يشترط له أجرًا فيكون وكيلًا معينًا له، ثم يعوضه بعد الفراغ من العمل مثل الأجر فيكون ذلك عوضًا عن هبة المنافع فيكون مندوبًا كالتعويض في هبة الأعيان، ويكون جزاء الإحسان إحسانًا.

قوله: (وما هلك مال من المضاربة) إلى قوله: (ترادا الربح)، ولا يعلم فيه خلاف.

وفي المبسوط: الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال إلى رب المال، قال عليه الصلاة والسلام: «**مَثلُ المُؤمِنِ مثلُ التاجِرِ، لا يَسلَمُ لهُ رِبحُهُ حتّى يسلَمَ لهُ رأسُ مالِهِ، فكذلِكَ المؤمِنُ لا تَسلَمُ لهُ نوافِلُه حتى تَسلَمَ لهُ عزائِمُهُ** - أو قال -: **فرائِضُهُ**»(١).

(**لأنه**)، أي: رأس المال هو الأصل، والربح تبع له؛ لقصور رأس المال بدون الربح، وعدم تصور الربح بدون رأس المال، والهلاك يصرف إلى التبع، كما يصرف الهلاك في مال الزكاة إلى العفو دون النصاب لأن العفو تبع.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٢/ ١٠٥).

شَيْءٌ، كَانَ بَيْنَهُمَا، لِأَنَّهُ رِبْحٌ، وَإِنْ نَقَصَ: فَلَا ضَمَانَ عَلَى المُضَارِبِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَلَوْ اقْتَسَمَا الرِّبْحَ، وَفَسَخَا المُضَارَبَةَ، ثُمَّ عَقَدَاهَا فَهَلَكَ المَالُ: لَمْ يَتَرَادَّا الرِّبْحَ الأَوَّلَ) لِأَنَّ المُضَارَبَةَ الأُولَى قَدْ انْتَهَتْ، وَالثَّانِيَةَ عَقْدٌ جَدِيدٌ، وَهَلَاكُ المَالِ فِي الثَّانِي لَا يُوجِبُ انْتِقَاضَ الأَوَّلِ كَمَا إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ مَالًا آخَرَ.

فَصْلٌ فِيمَا يَفْعَلُهُ المُضَارِبُ

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ بِالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِن صَنِيعِ

قوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله: (إنه أمين).

(**فهلاك المال في الثاني**)، أي: في العقد الثاني (**لا يوجب انتقاص الأول**)، أي: الاقتسام الأول.

وفي الكافي: اقتسما الربح، وأخذ رب المال رأس ماله، ثم زاد رب المال رأس ماله، ثم زاد رب المال سدس الربح للمضارب، يجوز عند أبي حنيفة؛ كالمضارب إذا زاد لرب المال، وعند محمد لا يجوز؛ لأن العقد لم يبق فلا تصح الزيادة، كما لو زاد في الثمن بعد هلاك المبيع، وزاد في الأجرة بعد تمام العمل.

قلنا: العقد انتهى، والمنتهي متقرر في نفسه.

فَصْلٌ فِيمَا يَقولُهُ الْمُضَارِبُ

ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة زيادة للإفادة، وتنبيهًا على مقصودية أفعال المضارب بالإعادة.

قوله: (**بالنقد والنسيئة**)، وبه قال أحمد في رواية(١)، وقال الشافعي(٢)، ومالك(٣)، وأحمد في رواية(٤)، وابن أبي ليلى: لا يجوز بغير الإذن؛ لأن ذلك تصرف يوجب قصر يده عن مال المضاربة، والتصرف فيه يكون ضد ما هو

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٢٩)، والإنصاف للمرداوي (٥/ ٣٤٨).
(٢) انظر: العزيز للغزالي (٦/ ٢١)، والبيان للعمراني (٧/ ٢٠٨).
(٣) انظر: المدونة لابن القاسم (٣/ ٦٥٢)، والذخيرة للقرافي (٦/ ٧٣).
(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٢٩)، والإنصاف للمرداوي (٥/ ٣٤٨).

التُّجَّارِ فَيَنْتَظِمُهُ إِطْلَاقُ العقْدِ، إِلَّا إِذَا بَاعَ إِلَى أَجَلٍ لَا يَبِيعُ التُّجَّارُ إِلَيْهِ، لِأَنَّ لَهُ الأَمْرَ العَامَّ المَعْرُوفَ بَيْنَ النَّاسِ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ دَابَّةً لِلرُّكُوبِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ سَفِينَةً لِلرُّكُوبِ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَكْرِيَهَا اعْتِبَارًا لِعَادَةِ التُّجَّارِ، وَلَهُ أَنْ يَأْذَنَ لِعَبْدِ المُضَارَبَةِ فِي التِّجَارَةِ فِي الرِّوَايَةِ المَشْهُورَةِ، لِأَنَّهُ مِن صَنِيعِ التُّجَّارِ.

وَلَوْ بَاعَ بِالنَّقْدِ ثُمَّ أَخَّرَ الثَّمَنَ جَازَ بِالإِجْمَاعِ، أَمَّا عِنْدَهُمَا: فَلِأَنَّ الوَكِيلَ يَمْلِكُ ذَلِكَ فَالمُضَارِبُ أَوْلَى، ....

مقصود رب المال فصار بمنزلة دفعه مضاربة حيث لا يجوز بغير الإذن.

وقلنا: البيع بالنسيئة من صنيع التجار، وهو أقرب إلى تحصيل مقصود رب المال وهو الربح؛ فإن الربح في الغالب يحصل في البيع بالنسيئة أكثر من البيع بالنقد، والدليل على أن البيع بالنسيئة تجارة قوله تعالى: ﴿تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا﴾ [البقرة:٢٨٢] الآية، فهذا بين أن التجارة قد تكون غائبة، وليس ذلك إلا البيع بالنسيئة، كذا في المبسوط(١).

قوله: (وليس له أن يشتري سفينة للركوب)، هذا في المضارب الخاص بنوع كالطعام مثلًا، أما إذا لم يخص المضاربة بنوع، بل دفع المال ولم يسم ما يشتري به فاشترى سفينة، أو دابة ليحمل عليها مال المضاربة يجوز؛ لأنه يملك التجارة في المدفوع مطلقًا، وجميع ما اشترى من عقود التجارة.

أما لو دفعه مضاربة في الطعام خاصة ليس له أن يشتري لنفسه دابة إذا خرج إلى الطعام، أما لو اشترى حمولة للطعام جاز؛ لأنه لا بد منه، أما لو اشترى سفينة يحمل عليها الطعام لا يجوز على رب المال؛ لأن شراء السفينة لا يعد من توابع التجارة في الطعام.

قوله: (في الرواية المشهورة)، وروى ابن رستم عن محمد: لا يملك الإذن في التجارة؛ لأنه بمنزلة الدفع مضاربة، والفرق أن المضارب شريك في الربح، والمأذون لا يصير شريكًا فيه.

قوله: (فالمضارب أولى)؛ لأن ولاية المضارب أعم؛ لأنه شريك في

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٢/٣٨).

إِلَّا أَنَّ المُضَارِبَ لَا يَضْمَنُ، لِأَنَّ لَهُ أَنْ يُقَايِلَ ثُمَّ يَبِيعَ نَسِيئَةً، وَلَا كَذَلِكَ الوَكِيلُ، لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ.

وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: فَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ الإِقَالَةَ ثُمَّ البَيْعَ بِالنَّسَاءِ. بِخِلَافِ الوَكِيلِ، لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الإِقَالَةَ. (وَلَوْ احْتَالَ بِالثَّمَنِ عَلَى الأَيْسَرِ أَوْ الأَعْسَرِ جَازَ)، لِأَنَّ الحَوَالَةَ مِن عَادَةِ التُّجَّارِ، بِخِلَافِ الوَصِيِّ يَحْتَالُ بِمَالِ اليَتِيمِ حَيْثُ يُعْتَبَرُ فِيهِ الأَنْظَرُ، لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ النَّظَرِ، وَالأَصْلُ: أَنَّ مَا يَفْعَلُهُ المُضَارِبُ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ: نَوْعٌ يَمْلِكُهُ بِمُطْلَقِ المُضَارَبَةِ، وَهُوَ مَا يَكُونُ مِن بَابِ المُضَارَبَةِ وَتَوَابِعِهَا وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، وَمِن جُمْلَتِهِ التَّوْكِيلُ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ وَالرَّهْنُ وَالِارْتِهَانُ، لِأَنَّهُ إِيفَاءٌ وَاسْتِيفَاءٌ وَالإِجَارَةُ وَالِاسْتِئْجَارُ وَالإِيدَاعُ وَالإِبْضَاعُ وَالمُسَافَرَةُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ مِن قَبْلُ. وَنَوْعٌ لَا يَمْلِكُهُ بِمُطْلَقِ العَقْدِ، وَيَمْلِكُهُ إِذَا قِيلَ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِك، وَهُوَ: مَا

الربح، أو بفرضية أن يصير شريكًا فكان أصيلًا من وجه، **(إلا أن المضارب لا يضمن)**، والوكيل يضمن إذا أخر.

(لأن له)، أي: للمضارب أن يقايل البيع.

(لأنه)، أي: الوكيل لا يملك ذلك وهو الإقالة والبيع بالنسيئة بعدها فيضمن الوكيل بتأجيل الثمن عندهما، وعند أبي يوسف: الوكيل لا يملك تأجيل الثمن وتأخيره، ويملك المضارب فلا يرد الضمان وعدم الضمان على قوله.

[٢/ ٢٨٨/ب] **قوله: (احتال بالثمن)**، أي: لو قبض المضارب الحوالة على رجل أيسر أو أعسر من المشتري جاز؛ لأنه لو قال: البيع مع الأول، ثم باعه بمثله على المحتال عليه جاز، فكذا إذا قبل الحوالة والثمن عليه، وبه فارق الوكيل حيث لا يجوز له ذلك، كذا في المبسوط[١].

قوله: (وتوابعها)، أي: توابع المضاربة؛ كالتوكيل بالبيع والشراء، والرهن والارتهان، والإجارة والاستئجار، والإيداع والإبضاع، والمسافرة.

وقوله: (وهو ما ذكرنا)، إشارة إلى قوله **(أن يبيع بالنقد والنسيئة)**[٢].

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٢/ ٤٧).

(٢) انظر المتن ص ٩٨.

يَحْتَمِلُ أَنْ يَلْحَق بِهِ فَيَلْحَق عِنْدَ وُجُودِ الدَّلَالَةِ، وَذَلِكَ مِثْلُ دَفْعِ المَالِ مُضَارَبَةً، أَوْ شَرِكَةً إِلَى غَيْرِهِ وَخَلْطِ مَالِ المُضَارَبَةِ بِمَالِهِ، أَوْ بِمَالِ غَيْرِهِ، لِأَنَّ رَبَّ المَالِ رَضِيَ بِشَرِكَتِهِ لَا بِشَرِكَةِ غَيْرِهِ، وَهُوَ أَمْرٌ عَارِضٌ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ التِّجَارَةُ، فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ مُطْلَقِ العَقْدِ وَلَكِنَّهُ جِهَةٌ فِي التَّثْمِيرِ، فَمِن هَذَا الوَجْهِ يُوَافِقُهُ فَيَدْخُلُ فِيهِ عِنْدَ وُجُودِ الدَّلَالَةِ وَقَوْلُهُ اعْمَلْ بِرَأْيِك دَلَالَةٌ عَلَى ذَلِكَ.

وَنَوْعٌ لَا يَمْلِكُهُ بِمُطْلَقِ العَقْدِ وَلَا بِقَوْلِهِ: اعْمَلْ بِرَأْيِك إِلَّا أَنْ يَنُصَّ عَلَيْهِ رَبُّ المَالِ، وَهُوَ الِاسْتِدَانَةُ، وَهُوَ: أَنْ يَشْتَرِيَ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ بَعْدَمَا اشْتَرَى بِرَأْسِ المَالِ السِّلْعَةَ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ يَصِيرُ المَالُ زَائِدًا عَلَى مَا انْعَقَدَ عَلَيْهِ المُضَارَبَةُ، وَلَا يَرْضَى بِهِ وَلَا يَشْغَلُ ذِمَّتَهُ بِالدَّيْنِ، وَلَوْ أَذِنَ لَهُ رَبُّ المَالِ بِالِاسْتِدَانَةِ صَارَ المُشْتَرَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ بِمَنْزِلَةِ شَرِكَةِ الوُجُوهِ وَأَخَذَ السَّفَاتِجَ لِأَنَّهُ نَوْعٌ مِن الِاسْتِدَانَةِ،

قوله: (وهو أن يشتري)، الضمير للاستدانة، إلا أنه ذكر المبتدأ لتذكير الخبر وهو قوله (أن يشتري).

قوله: (وما أشبه ذلك)، بأن كان رأس المال ألف درهم فليس له أن يشتري بمكيل أو موزون؛ لأنه اشترى بغير رأس المال فكان هذا استدانة فلا ينفذ على المضاربة، ولو كان في يده دراهم فاشترى بدنانير نقد على المضاربة استحسانًا؛ لأنهما كالجنس الواحد في الثمنية؛ لأنه يصير المال زائدًا.

إلى قوله: (ولا شغل ذمته بالدين)، يعني أن رب المال لا يرضى بزيادة مال المضاربة وإن كان فيها نفع لمقابلة ضرر يفوقها وهو شغل الذمة بالدين.

وفي الفوائد الظهيرية: الاستدانة تصرف على غير رأس المضاربة، والتوكيل مقيد برأس المال، وعند التنصيص عليها يصير التصرف بمنزلة شركة الوجوه ولا يكون مضاربة؛ لأنه ليس بواحد منهما رأس المال، فيكون المشترى بينهما نصفين، والدين عليهما نصفين، ولا يتغير موجب المضاربة؛ لأن هذه شركة وجوه ضمت إلى المضاربة فلم يتغير موجب المضاربة، وكان الربح الحاصل من مال المضاربة على ما شرطا.

وقد مر تفسير السفاتج في آخر الحوالة.

وَكَذَا إعْطَاؤُهَا، لِأَنَّهُ إقْرَاضٌ، وَالعِتْقُ بِمَالٍ وَبِغَيْرِ مَالٍ، وَالكِتَابَةُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ وَالإِقْرَاضُ وَالهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ.

قَالَ: (وَلَا يُزَوِّجُ عَبْدًا وَلَا أَمَةً مِن مَالِ المُضَارَبَةِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يُزَوِّجُ الأَمَةَ(*)، لِأَنَّهُ مِن بَابِ الِاكْتِسَابِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَسْتَفِيدُ بِهِ المَهْرَ وَسُقُوطَ النَّفَقَةِ. وَلَهُمَا: أَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ، وَالعَقْدُ لَا يَتَضَمَّنُ إِلَّا التَّوْكِيلَ بِالتِّجَارَةِ، وَصَارَ كَالكِتَابَةِ وَالإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ فَإِنَّهُ اكْتِسَابٌ، وَلَكِنْ لَمَّا لَمْ يَكُنْ تِجَارَةً لَا يَدْخُلُ تَحْتَ المُضَارَبَةِ فَكَذَا هَذَا.

قَالَ: (فَإِنْ دَفَعَ شَيْئًا مِن مَالِ المُضَارَبَةِ إِلَى رَبِّ المَالِ بِضَاعَةً، فَاشْتَرَى رَبُّ المَالِ وَبَاعَ: فَهُوَ عَلَى المُضَارَبَةِ) وَقَالَ زُفَرُ: تَفْسُدُ المُضَارَبَةُ، لِأَنَّ رَبَّ المَالِ مُتَصَرِّفٌ فِي مَالِ نَفْسِهِ، فَلَا يَصْلُحُ وَكِيلًا فِيهِ، فَيَصِيرُ مُسْتَرَدًّا، وَلِهَذَا لَا تَصِحُّ إِذَا شَرَطَ العَمَلَ عَلَيْهِ ابْتِدَاءً. وَلَنَا: أَنَّ التَّخْلِيَةَ فِيهِ قَدْ تَمَّتْ وَصَارَ التَّصَرُّفُ حَقًّا لِلْمُضَارِبِ فَيَصْلُحُ رَبُّ المَالِ وَكِيلًا عَنْهُ فِي التَّصَرُّفِ، وَالإِبْضَاعُ تَوْكِيلٌ مِنهُ ....

قوله: (وإن دفع شيئًا من مال المضاربة إلى رب المال)، إلى آخره، وكذا الحكم لو دفع كله، ذكره في الذخيرة، والمبسوط.

وقيد بدفع المضارب لأن رب المال لو أخذه من منزل المضارب من غير أمره وباع واشترى إن كان رأس المال ناضًا فهو نقض للمضاربة، وإن صار عرضًا لا يصير نقضًا؛ لأنه يمكن أن يجعل مُعيَّنًا لأنه يكون عاملًا لغيره، ولو كان رأس المال ناضًا يكون عاملًا لنفسه فتنتقض المضاربة اقتضاء، فيعتبر هذا بالنقض صريحًا؛ فإن رب المال لو نقض المضاربة صريحًا والمال ناضٌّ ينقض في الحال، ولو كان عرضًا لا ينقض فكذا هاهنا، كذا في الذخيرة.

قوله: (فلا يصلح وكيلًا فيه)؛ لأن المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلًا لغيره.

قوله: (والإبضاع توكيل منه)، أي: من المضارب في التصرف.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

فَلَا يَكُونُ اسْتِرْدَادًا، بِخِلَافِ شَرْطِ العَمَلِ عَلَيْهِ فِي الِابْتِدَاءِ، لِأَنَّهُ يَمْنَعُ التَّخْلِيَةَ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ المَالَ إِلَى رَبِّ المَالِ مُضَارَبَةً حَيْثُ لَا يَصِحُّ، لِأَنَّ المُضَارَبَةَ تَنْعَقِدُ شَرِكَةً عَلَى مَالِ رَبِّ المَالِ وَعَمَلِ المُضَارِبِ وَلَا مَالَ هَاهُنَا، فَلَوْ جَوَّزْنَاهُ يُؤَدِّي إِلَى قَلْبِ المَوْضُوعِ، وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ بَقِيَ عَمَلُ رَبِّ المَالِ بِأَمْرِ المُضَارِبِ فَلَا تَبْطُلُ بِهِ المُضَارَبَةُ الأُولَى.

فإن قيل: في الإبضاع يكون المال للمبضع والعمل من الآخر بغير شيء، وهاهنا لا مال لرب المال فكيف يتحقق الإبضاع؟

قلنا: المراد من الإبضاع هو الدفع على وجه الاستعانة، ورب المال يصلح معينا لأنه أشفق الناس إليه تصرفًا فيصح الاستعانة به، كما يصح من الأجنبي.

فإن قيل: الأجنبي عامل في ملك الغير فيصلح معينًا، ورب المال يتصرف في ملك نفسه فلا يصلح معينًا، ولهذا لو استأجر خياطًا واستعان الآخر بالمستأجَر في الخياطة لا يستحق المستأجَرُ الأجر؛ لأن عمله لا يتحول إلى المستأجِر فينبغي أن لا يكون للمضارب من هذا الربح نصيب.

قلنا: في المضاربة معنى الإجارة والشركة جميعًا، ومعنى الشركة راجح، بل المقصود هو الشركة، ولهذا لو عمل ولم يربح لا يقضى له بشيء، وفي الشركة يستحق أحد الشريكين الربح بعمل صاحبه، وإذا كان كذلك صلح رب المال معينًا، أما في الإجارة يستحق الأجر بالعمل، وعمل الأجر لا يتحول إليه، كذا قيل.

قوله: (فلا تبطل به)، أي: بدفع المال إلى رب المال في المضاربة الثانية المضاربة الأولى عندنا، ويكون الربح بينهما على ما شرطا في المضاربة الأولى.

وقال زفر: تنفسخ المضاربة الأولى كما لو دفعه إعانة.

وقلنا: لما لم تصح المضاربة الثانية بقي المال في يد رب المال وعمل فيه بإذن المضارب فيكون معينًا في العمل، ولكن للمضارب أن يعيد إلى نفسه لحصول المال في يده، وبقاء المضاربة كالرهن في يد الراهن بالعارية لا يبطل حق المرتهن، كذا في شروح الجامع الصغير.

قَالَ: (وَإِذَا عَمِلَ المُضَارِبُ فِي المِصْرِ، فَلَيْسَتْ نَفَقَتُهُ فِي المَالِ، وَإِنْ سَافَرَ فَطَعَامُهُ وَشَرَابُهُ وَكِسْوَتُهُ وَرُكُوبُهُ) وَمَعْنَاهُ: شِرَاءٌ وَكِرَاءٌ (فِي المَالِ).

وَوَجْهُ الفَرْقِ: أَنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ بِإِزَاءِ الِاحْتِبَاسِ كَنَفَقَةِ القَاضِي وَنَفَقَةِ المَرْأَةِ، وَالمُضَارِبُ فِي المِصْرِ سَاكِنٌ بِالسُّكْنَى الأَصْلِيِّ، وَإِذَا سَافَرَ صَارَ مَحْبُوسًا بِالمُضَارَبَةِ فَيَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ فِيهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الأَجِيرِ، لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ البَدَلَ لَا مَحَالَةَ فَلَا يَتَضَرَّرُ بِالإِنْفَاقِ مِن مَالِهِ، أَمَّا المُضَارِبُ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا الرِّبْحُ وَهُوَ فِي حَيِّزِ التَّرَدُّدِ، فَلَوْ أَنْفَقَ مِن مَالِهِ يَتَضَرَّرُ بِهِ، وَبِخِلَافِ المُضَارَبَةِ الفَاسِدَةِ، لِأَنَّهُ أَجِيرٌ، وَبِخِلَافِ البِضَاعَةِ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ.

قوله: (ورُكوبه)، بفتح الراء ما يركب عليه، (في المال)، أي: بالمعروف، وبه قال مالك[1]، وأبو ثور، والحسن، والنخعي، [٢/ ٢٨٩/أ] والأوزاعي، وإسحاق.

وقال الشافعي[2]، وأحمد[3]: فنفقته في مال نفسه في صورة يجوز له السفر، أي: بالإذن، وبه قال ابن سيرين، وحماد بن أبي سيلمان؛ لأنه يستحق على عمله جزء من الربح فكانت نفقته عليه كنفقة الحضر كالأجير، أما لو شرط له النفقة فله ذلك.

ولنا: أن النفقة إنما تجب بالاحتباس؛ كالمرأة تستوجب النفقة باحتباسها في منزل الزوج، والقاضي يستوجب في مال بيت المال لكونه محبوسًا لمصالح المسلمين، فكذا المضارب إذا سافر صار محبوسًا بالعمل للمضاربة فوجبت النفقة في مالها، وفي المصر ساكن بالسكنى الأصلي، وبخلاف الأجير لأنه يعمل ببدل فكان البدل واجبًا له لا محالة فلا يتضرر بالإنفاق من مال نفسه.

أما المضارب فيستحق الربح، والربح قد يحصل وقد لا يحصل، فلو أوجبنا النفقة يتضرر بالإنفاق من مال نفسه، وبخلاف المضاربة الفاسدة إذا سافر؛ لأنه أجير فلا يستحق النفقة.

---

(١) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد (١٢/ ٣٦٤)، والكافي لابن عبد البر (٢/ ٧٧٢).

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٧/ ٣١٧)، والبيان للعمراني (٧/ ٢١٢).

(٣) انظر: مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق (٦/ ٣٠١٦)، والكافي لابن قدامة (٢/ ١٥٦).

قَالَ: (فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ فِي يَدِهِ بَعْدَمَا قَدِمَ مِصْرَهُ: رَدَّهُ فِي الْمُضَارَبَةِ) لِانْتِهَاءِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَلَوْ كَانَ خُرُوجُهُ دُونَ السَّفَرِ، فَإِنْ كَانَ بِحَيْثُ يَغْدُو ثُمَّ يَرُوحُ فَيَبِيتُ بِأَهْلِهِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ السُّوقِيِّ فِي الْمِصْرِ، وَإِنْ كَانَ بِحَيْثُ لَا يَبِيتُ بِأَهْلِهِ فَنَفَقَتُهُ فِي مَالِ الْمُضَارَبَةِ، لِأَنَّ خُرُوجَهُ لِلْمُضَارَبَةِ، وَالنَّفَقَةُ هِيَ مَا يُصْرَفُ إِلَى الْحَاجَةِ الرَّاتِبَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، وَمِن ذَلِكَ غَسْلُ ثِيَابِهِ، وَأُجْرَةُ أَجِيرٍ يَخْدُمُهُ، وَعَلَفُ دَابَّةٍ يَرْكَبُهَا، وَالدُّهْنُ فِي مَوْضِعٍ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ عَادَةً كَالحِجَازِ، وَإِنَّمَا يُطْلَقُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ بِالمَعْرُوفِ حَتَّى يَضْمَنَ الفَضْلَ إِنْ جَاوَزَهُ اعْتِبَارًا لِلْمُتَعَارَفِ بَيْنَ التُّجَّارِ. (وَأَمَّا الدَّوَاءُ: فَفِي مَالِهِ) فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي النَّفَقَةِ، لِأَنَّهُ لِإِصْلَاحِ بَدَنِهِ، وَلَا

قوله: (لانتهاء الاستحقاق)، فعليه رد ما بقي؛ كالحاج عن الغير إذا بقي معه شيء من النفقة بعد رجوعه، وكالمولى إذا نقل الأمة المُبوَّأة للخدمة وبقي معها شيء من النفقة كان للزوج أن يسترد ذلك منها، كذا في المبسوط[1].

وهو ما ذكر من الطعام والشراب والكسوة.

قوله: (ومن ذلك غسل ثيابه)، إلى آخره، وفي الفوائد الظهيرية: وما يحتاج إليه في غسل ثيابه، وأجرة الحمام، والحلاق مما لا يحتاج إليه في عموم الأوقات، والنفقة مما لا بد في كل وقت فينبغي أن لا يكون واجبًا؛ كأجرة الحجّام، والفصّاد.

قلنا: إنما أوجبناه في مال المضاربة لأن من صنيع التجار أنهم يحلقون رؤوسهم، ويقصون شواربهم، وينظفون ثيابهم ليزداد رغبات الناس في مبايعتهم ومعاملتهم، فإن الإنسان متى كان طويل الشعر، وسخ الثياب يعد من المفاليس فيَقِلُّ معاملوه، فصار أجرة الحمام والحلاق من جملة النفقة بهذا الاعتبار، وكذا ثمن الحرض والصابون.

قوله: (وعن أبي [حنيفة])[2]، وهو رواية الحسن عنه (أنه)، أي: ثمن الدواء يدخل.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٢/ ٦٣).

(٢) في الأصل (أبي جعفر)، والمثبت من النسخة الثانية.

يَتَمَكَّنُ مِن التِّجَارَةِ إِلَّا بِهِ فَصَارَ كَالنَّفَقَةِ، وَجْهُ الظَّاهِرِ: أَنَّ الحَاجَةَ إِلَى النَّفَقَةِ مَعْلُومَةُ الوُقُوعِ وَإِلَى الدَّوَاءِ بِعَارِضِ المَرَضِ، وَلِهَذَا كَانَتْ نَفَقَةُ المَرْأَةِ عَلَى الزَّوْجِ وَدَوَاؤُهَا فِي مَالِهَا. قَالَ: (وَإِذَا رَبِحَ أَخَذَ رَبُّ المَالِ مَا أَنْفَقَ مِن رَأْسِ المَالِ، فَإِنْ بَاعَ المَتَاعَ مُرَابَحَةً حَسَبَ مَا أَنْفَقَ عَلَى المَتَاعِ مِن الحِمْلَانِ وَنَحْوِهِ، وَلَا يَحْتَسِبُ مَا أَنْفَقَ عَلَى نَفْسِهِ) لِأَنَّ العُرْفَ جَارٍ بِإِلْحَاقِ الأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي، وَلِأَنَّ الأَوَّلَ يُوجِبُ زِيَادَةً فِي المَالِيَّةِ بِزِيَادَةِ القِيمَةِ وَالثَّانِيَ لَا يُوجِبُهَا.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ فَاشْتَرَى بِهَا ثِيَابًا فَقَصَّرَهَا، أَوْ حَمَلَهَا بِمِائَةٍ مِن عِنْدِهِ، وَقَدْ قِيلَ لَهُ: اعْمَلْ بِرَأْيِك: فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ) لِأَنَّهُ اسْتِدَانَةٌ عَلَى رَبِّ المَالِ فَلَا يَنْتَظِمُهُ هَذَا المَقَالُ عَلَى مَا مَرَّ (وَإِنْ صَبَغَهَا أَحْمَرَ: فَهُوَ شَرِيكٌ بِمَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ، وَلَا يَضْمَنُ) لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ قَائِمٍ بِهِ حَتَّى إِذَا بِيعَ، كَانَ لَهُ حِصَّةُ الصَّبْغِ وَحِصَّةُ الثَّوْبِ الأَبْيَضِ عَلَى المُضَارَبَةِ بِخِلَافِ القِصَارَةِ وَالحَمْلِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَيْنِ مَالٍ قَائِمٍ بِهِ، وَلِهَذَا إِذَا فَعَلَهُ

قوله: (ما أنفق)، أي: الذي أنفقه في السفر يدفعه رب المال أولًا، ثم يقسم الربح إن بقي؛ لأن قسمة الربح شرعت بعد تقسيم رأس المال، وما أنفق يجعل كالتاوي من رأس المال، والهالك مقدم على الربح.

قوله: (فإن باع)، أي: المضارب **(المتاع مرابحة)** بعد ما أنفق عليه من أجر الحملان، والحملان مصدر بمعنى الحمل، ذكره في المغرب [١].

(ونحوه)، كأجرة السمسار، والقصار، والصباغ، لكن لا يقول اشتريته بكذا، بل يقول: قام عليَّ بكذا، كما بينا في المرابحة.

قوله: (صبغها أحمر فهو شريك)، خص الحمرة؛ لأن السواد نقصان عند أبي حنيفة، فأما سائر الألوان كالحمرة، ذكره فخر الإسلام.

القصارة: بفتح القاف مصدر من قصر الثوب، وبكسر القاف حرفة القصار.

(لأنه)، الحمل، والقصارة **(ليس بمال قائم)**، بل يزيل الدرن، ولا يزيد فيه شيئًا فلا يكون شريكًا بهما؛ لأن شركة الأملاك إنما تكون بالمال.

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ١٢٩).

الغَاصِبُ ضَاعَ وَلَا يَضِيعُ إذَا صَبَغَ المَغْصُوبَ، وَإِذَا صَارَ شَرِيكًا بِالصَّبْغِ انْتَظَمَهُ قَوْلُهُ: اعْمَلْ بِرَأْيِك انْتِظَامَهُ الخُلْطَةَ فَلَا يَضْمَنُهُ.

فَصْلٌ آخَرُ

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَى بِهَا بَزًّا فَبَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ، ثُمَّ اشْتَرَى بِالأَلْفَيْنِ عَبْدًا، فَلَمْ يَنْقُدْهُمَا حَتَّى ضَاعَا: يَغْرَمُ رَبُّ المَالِ أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ، وَالمُضَارِبُ خَمْسَمِائَةٍ، وَيَكُونُ رُبْعُ العَبْدِ لِلْمُضَارِبِ، وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ عَلَى المُضَارَبَةِ) قَالَ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ حَاصِلُ الجَوَابِ، لِأَنَّ الثَّمَنَ كُلَّهُ عَلَى المُضَارِبِ إذْ هُوَ العَاقِدُ، إلَّا أَنَّ لَهُ حَقَّ الرُّجُوعِ عَلَى رَبِّ المَالِ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ عَلَى مَا نُبَيِّنُ فَيَكُونُ عَلَيْهِ فِي الأُجْرَةِ.

وَوَجْهُهُ: أَنَّهُ لَمَّا نَضَّ المَالُ ظَهَرَ الرِّبْحُ وَلَهُ مِنهُ، وَهُوَ خَمْسُمِائَةٍ، فَإِذَا اشْتَرَى

قوله: (ضاع)، يعني لو قصره الغاصب حتى ازدادت قيمته للمالك أن يأخذه مجانًا.

قوله: (**انتظمه قوله: اعمل برأيك**)، فتكون الشركة والخلط بإذن رب المال فلم يضمن بالصبغ، وبه قال مالك، وأحمد، وقال الشافعي: يضمن وإن قال له: اعمل برأيك، وقد مر.

أما إذا لم يقله: اعمل برأيك، لرب المال أن يضمنه لأنه يصير غاصبًا.

(فَصْلٌ آخَرُ)

مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها بفصل على حدة.

قوله: (**واشترى بها بَزًّا**)، قال محمد في السير الكبير: البَزُّ عند أهل الكوفة ثياب الكتان والقطن، لا ثياب الصوف والخز[1]. (**حتى ضاعا**)، أي: الألفان يغرم رب المال.

قوله: (**لمَّا نَضَّ المال**)، أي: نقص (**ظهر الربح**)، بقدر الألف يملك المضارب نصفه (**وهو خمسمائة**).

---

(١) انظر: شرح السير الكبير للسرخسي (١/ ٧٢٨).

بِالأَلْفَيْنِ عَبْدًا صَارَ مُشْتَرِيًا رُبْعَهُ لِنَفْسِهِ، وَثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ لِلْمُضَارَبَةِ عَلَى حَسَبِ انْقِسَامِ الأَلْفَيْنِ، وَإِذَا ضَاعَتْ الأَلْفَانِ وَجَبَ عَلَيْهِ الثَّمَنُ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَلَهُ الرُّجُوعُ بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الثَّمَنِ عَلَى رَبِّ المَالِ، لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِن جِهَتِهِ فِيهِ، وَيَخْرُجُ نَصِيبُ المُضَارِبِ وَهُوَ الرُّبْعُ مِن المُضَارَبَةِ، لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ، وَمَالُ المُضَارَبَةِ أَمَانَةٌ وَبَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ، وَيَبْقَى ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ العَبْدِ عَلَى المُضَارَبَةِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَا يُنَافِي المُضَارَبَةَ (وَيَكُونُ رَأْسُ المَالِ أَلْفَيْنِ وَخَمْسَمِائَةٍ) لِأَنَّهُ دَفَعَ مَرَّةً أَلْفًا وَمَرَّةً أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ (وَلَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً

وقوله: (لما بينا)، إشارة إلى قوله: **(أن الثمن كله على المضارب)**[١] إلى آخره.

(لأنه)، أي: الربع صار مضمونًا على المضارب، **(ومال المضاربة أمانة)** فيكون بينهما.

ثم اعلم أن هلاك رأس المال قبل التصرف يوجب بطلان المضاربة، ولا يعلم فيه خلاف؛ لأن محل العقد يتعين، فإذا هلك المحل بطل العقد.

والقول للمضارب في هلاكه مع يمينه إذا لم يعلم ذلك؛ كالمودع، ولو استهلكه المضارب، أو أنفقه، أو أعطاه رجلًا [٢/ ٢٨٩/ ب] فاستهلكه لم يكن له أن يشتري عليه شيئًا؛ لأنه صار مضمونًا عليه بالتعدي، والمضارب أمين، فلو أخذه من الذي استهلكه كان له أن يشتري على المضاربة في رواية الحسن، عن أبي حنيفة؛ لأنه أخذ العوض فصار بمنزلة الثمن.

وروى محمد: أن المضارب لو أقرضه، ثم رجعت الدراهم بعينها إليه رجعت على المضاربة؛ لأنه زال التعدي، وإن أخذ مثلها لم يرجع؛ لأن الضمان قد استقر، وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان، كذا في الذخيرة.

(لأنه ليس فيه ما ينافي الضمان[٢]**)**، إذ ضمان رب المال الثمن لا ينافي المضاربة.

(وصار رأس المال ألفين وخمسمائة)، وبه قال بعض أصحاب

---

(١) هكذا في الأصول الخطية، وفي المتن: (ما ينافي المضاربة).

(٢) انظر المتن ص ١٠٧.

إِلَّا عَلَى أَلْفَيْنِ) لِأَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَلْفَيْنِ، وَيَظْهَرُ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا بِيعَ العَبْدُ بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ، فَحِصَّةُ المُضَارَبَةِ ثَلَاثَةُ آلافٍ، يَرْفَعُ رَأْسَ المَالِ وَيَبْقَى خَمْسُمِائَةٍ رِبْحٌ بَيْنَهُمَا.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ، فَاشْتَرَى رَبُّ المَالِ عَبْدًا بِخَمْسِمِائَةٍ، وَبَاعَهُ إِيَّاهُ بِأَلْفٍ، فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى خَمْسِمِائَةٍ) لِأَنَّ هَذَا البَيْعَ مَقْضِيٌّ بِجَوَازِهِ لِتَغَايُرِ المَقَاصِدِ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ، وَإِنْ كَانَ بِيعَ مِلْكُهُ بِمِلْكِهِ إِلَّا أَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ العَدَمِ، وَمَبْنَى

الشافعي[(١)]، وقال بعضهم[(٢)]، ومالك[(٣)]، وأحمد[(٤)]: رأس المال ما دفعه ثانيًا وهو ألف وخمسمائة.

وفي الحلية: اشترى عبدًا في الذمة للمضاربة وتلفت الألف قبل أن ينقدها انفسخ القراض، وفي الثمن وجهان:

أحدهما: أنه على رب المال.

والثاني: أنه على العامل، وبعض أصحابنا قال: إنما أراد الشافعي بذلك إذا كانت الألف قد تلفت قبل الشراء، فأما لو تلفت بعد الشراء فالسلعة لرب المال، وعليه ثمنها.

واختلف هؤلاء في رأس مال القراض قبل الألف الأولى والثانية يكونان رأس المال، وقيل: الثانية رأس المال خاصة، وعن مالك: رب المال بالخيار بين أن يدفع ألفًا أخرى وهي رأس المال دون الأولى، وإن لم يدفع تكون السلعة للعامل، وقال بعض أصحابه: يجبر رب المال الثمن ويصير رأس المال الثانية دون الأولى؛ لأن التالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء[(٥)].

وجه قول الشافعي أن القراض ينفسخ بهلاك محله.

قوله: **(ويظهر)**، أي: جميع ما ذكر قبله.

قوله: **(فيه شبهة العدم)**، أي: شبهة عدم جواز البيع، فصار كأنه لم يبع

---

(١) انظر: البيان للعمراني (٧/ ٢٤٣).

(٢) انظر: الأم للشافعي (٢/ ٥٣).

(٣) انظر: المدونة لابن القاسم (٣/ ٦١٠).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٤٣)، والشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة (٥/ ١٦٧).

(٥) حلية العلماء للشاشي (٥/ ٣٤٣).

الْمُرَابَحَةِ عَلَى الأَمَانَةِ وَالِاحْتِرَازِ عَنْ شُبْهَةِ الخِيَانَةِ فَاعْتُبِرَ أَقَلَّ الثَّمَنَيْنِ، وَلَوْ اشْتَرَى الْمُضَارِبُ عَبْدًا بِأَلْفٍ، وَبَاعَهُ مِن رَبِّ المَالِ بِأَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ: بَاعَهُ مُرَابَحَةً بِأَلْفٍ وَمِائَةٍ، لِأَنَّهُ أُعْتُبِرَ عَدَمًا فِي حَقِّ نِصْفِ الرِّبْحِ، وَهُوَ نَصِيبُ رَبِّ المَالِ وَقَدْ مَرَّ فِي البُيُوعِ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ، فَاشْتَرَى بِهَا عَبْدًا قِيمَتُهُ أَلْفَانِ، فَقَتَلَ العَبْدُ

رب المال من المضارب شيئًا، ولهذا لم يصح هذا البيع عند زفر.

قوله: (وقد مرَّ في البيوع)، أي: في باب المرابحة في قوله وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم إلى آخره.

قوله: (قيمته ألفان)، قيد بألفين لأن قيمته لو كان ألفًا فتدبير جنايته على رب المال بلا خلاف؛ لأن رقبته ملكه وإن اختار رب المال الدفع والمضارب الفداء مع ذلك فله ذلك، خلافًا للأئمة الثلاثة؛ لأنه يستبقي بالفداء مال المضاربة، وله ذلك لأن الربح يتوهم، ذكره في الإيضاح.

وفي جامع المحبوبي: لا يدفع إلى الجناية حتى يحضر رب المال والعامل، سواء كان قيمته مثل رأس المال أو أقل [أو][(١)] أكثر؛ لأن الملك مشترك بينهما، وكذا إن كانت قيمته مثل رأس المال؛ لما أن العامل صاحب الحق فصار كعبد الرهن جنى جناية خطأ لا يدفع إلا بحضرة الراهن والمرتهن.

والحاصل أن حضورهما يشترط للفداء، فإن كل واحد يملك الفداء، أما لو فداه العامل لا يرجع على رب المال؛ لأنه أدى دين غيره بغير أمره وهو غير مضطر فيه فكان متبرعًا كالأجنبي، وقال مالك، والشافعي في قول، وأحمد في رواية: إن كانت قيمته أكثر من رأس المال فرب المال يدفعه بلا حضور العامل؛ لأنه لا ملك للعامل بعد ظهور الربح حتى يقتسمها في قول، والفداء أيضًا على رب المال لا العامل لعدم ملكه.

وقال الشافعي في قول، وأحمد في رواية: يظهر ملك العامل بمجرد ظهور الربح، كقولنا، فيكون الفداء عليه على قياس هذا القول.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

رَجُلًا خَطأً، فَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الفِدَاءِ عَلَى رَبِّ المَالِ، وَرُبْعُهُ عَلَى المُضَارِبِ) لِأَنَّ الفِدَاءَ مُؤْنَةُ المِلْكِ، فَيُتَقَدَّرُ بِقَدْرِ المِلْكِ وَقَدْ كَانَ المِلْكُ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا، لِأَنَّهُ لَمَّا صَارَ المَالُ عَيْنًا وَاحِدًا ظَهَرَ الرِّبْحُ، وَهُوَ أَلْفٌ بَيْنَهُمَا، وَأَلْفٌ لِرَبِّ المَالِ بِرَأْسِ مَالِهِ، لِأَنَّ قِيمَتَهُ أَلْفَانِ، وَإِذَا فَدَيَا خَرَجَ العَبْدُ عَنْ المُضَارَبَةِ، أَمَّا نَصِيبُ المُضَارِبِ فَلِمَا بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا نَصِيبُ رَبِّ المَالِ: فَلِقَضَاءِ القَاضِي بِانْقِسَامِ الفِدَاءِ عَلَيْهِمَا، لِمَا أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ قِسْمَةَ العَبْدِ بَيْنَهُمَا، وَالمُضَارَبَةُ تَنْتَهِي بِالقِسْمَةِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ فِيهِ عَلَى المُضَارِبِ، وَإِنْ كَانَ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى القِسْمَةِ، وَلِأَنَّ العَبْدَ كَالزَّائِلِ عَنْ مِلْكِهِمَا بِالجِنَايَةِ، وَدَفْعُ الفِدَاءِ كَابْتِدَاءِ الشِّرَاءِ، فَيَكُونُ العَبْدُ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا لَا عَلَى المُضَارَبَةِ يَخْدُمُ المُضَارِبَ يَوْمًا وَرَبَّ المَالِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ، فَاشْتَرَى بِهَا عَبْدًا، فَلَمْ يَنْقُدْهَا حَتَّى هَلَكَتْ الألفُ، يَدْفَعُ رَبُّ المَالِ ذَلِكَ الثَّمَنَ، وَرَأْسُ المَالِ جَمِيعُ مَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ رَبُّ المَالِ) لِأَنَّ المَالَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ وَلَا يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا، وَالِاسْتِيفَاءُ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضٍ مَضْمُونٍ، وَحُكْمُ

وقوله: (فلما بيناه)، إشارة إلى ما ذكر في المسألة المتقدمة بقوله: **(ويخرج نصيب المضارب الربع)**[1].

وذكر المحبوبي، وقاضي خان: ولا يكون الدفع والفداء إلى المضارب خاصة؛ لأن[2] الدفع والفداء ليس من أحكام المضاربة؛ لأن المقصود من المضاربة الاسترباح وليس باسترباح فيهما، فلهذا كان ذلك إليهما فإن شاءا دفعاه، وإن شاءا فدياه، وأيهما فعل بطل عقد المضاربة، أما الدفع فظاهر لأن مال المضاربة صار هالكًا، وأما الفداء فلأن العبد بالجناية كالزائل ودفع الفداء كالشراء.

قوله: (بخلاف ما تقدم) إشارة إلى قوله: (ضاعا)[3]، أي: الألفان في المسألة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة.

وفي الفوائد الظهيرية: فرق هذا وبين ما تقدم حيث لا يخرج هناك ما

---

(١) انظر المتن ص ١٠٨.
(٢) في الأصل: (لا)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر المتن ص ١٠٧.

الأَمَانَةِ يُنَافِيهِ، فَيَرْجِعُ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، بِخِلَافِ الوَكِيلِ إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مَدْفُوعًا إِلَيْهِ قَبْلَ الشِّرَاءِ وَهَلَكَ بَعْدَ الشِّرَاءِ حَيْثُ لَا يَرْجِعُ إِلَّا مَرَّةً، لِأَنَّهُ أَمْكَنَ جَعْلُهُ مُسْتَوْفِيًا، لِأَنَّ الوَكَالَةَ تُجَامِعُ الضَّمَانَ كَالغَاصِبِ إِذَا تَوَكَّلَ بِبَيْعِ المَغْصُوبِ، ثُمَّ فِي الوَكَالَةِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ يَرْجِعُ مَرَّةً، وَفِيمَا إِذَا اشْتَرَى ثُمَّ دَفَعَ المُوَكِّلُ إِلَيْهِ المَالَ فَهَلَكَ لَا يَرْجِعُ، لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ بِنَفْسِ الشِّرَاءِ فَجُعِلَ مُسْتَوْفِيًا بِالقَبْضِ بَعْدَهُ، أَمَّا المَدْفُوعُ إِلَيْهِ قَبْلَ الشِّرَاءِ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ وَهُوَ قَائِمٌ عَلَى الأَمَانَةِ بَعْدَهُ فَلَمْ يَصِرْ مُسْتَوْفِيًا، فَإِذَا هَلَكَ رَجَعَ عَلَيْهِ مَرَّةً ثُمَّ لَا يَرْجِعُ لِوُقُوعِ الِاسْتِيفَاءِ عَلَى مَا مَرَّ.

يخص رب المال من المضاربة، وهاهنا يخرج، والفرق أن الواجب فيما تقدم ضمان [٢/ ٢٩٠/ب] تجارة، وضمان التجارة لا ينافي المضاربة، وهاهنا ضمان جناية وهو ليس من التجارة في شيء فلا يبقى على المضاربة، ورأس المال جميع ما يدفع قد بينا الخلاف فيه.

قوله: (بخلاف الوكيل)، أي: الوكيل بشراء عبد بعينه والثمن مدفوع فاشترى فهلك الألف قبل أن ينقد له أن يرجع مرة فقط.

وذكر المحبوبي في الفرق ثلاثة أوجه:

أحدها: ما ذكر في الكتاب.

والثاني: أنا لو لم نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لأبطلنا حق الموكل أصلًا؛ لأنه إذا رجع عليه بألف أخرى ضاع ذلك أصلًا، أما هاهنا فحق رب المال لا يضيع إذا حملنا على الأمانة؛ لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح، ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار أهون الأمرين.

والثالث: أن الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده، فأما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل أمره لرب المال فيرجع عليه في كل مرة على ما مر، وهو قوله **(جعل مستوفيًا بالقبض بعده)**.

فَصْلٌ فِي الاخْتِلَافِ

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ مَعَ المُضَارِبِ أَلْفَانِ، فَقَالَ: دَفَعْتَ إِلَيَّ أَلْفًا، وَرَبِحْتُ أَلْفًا، وَقَالَ رَبُّ المَالِ: لَا، بَلْ دَفَعْت إِلَيْك أَلْفَيْنِ، فَالقَوْلُ قَوْلُ المُضَارِبِ) وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ أَوَّلًا: القَوْلُ قَوْلُ رَبِّ المَالِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ(*)، لِأَنَّ المُضَارِبَ يَدَّعِي عَلَيْهِ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبْحِ وَهُوَ يُنْكِرُ، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى مَا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ، لِأَنَّ الِاخْتِلَافَ فِي الحَقِيقَةِ فِي مِقْدَارِ المَقْبُوضِ، وَفِي مِثْلِهِ القَوْلُ قَوْلُ القَابِضِ ضَمِينًا كَانَ، أَوْ أَمِينًا، لِأَنَّهُ أَعْرَفُ بِمِقْدَارِ المَقْبُوضِ، وَلَوْ اخْتَلَفَا مَعَ ذَلِكَ فِي مِقْدَارِ الرِّبْحِ: فَالقَوْلُ فِيهِ لِرَبِّ المَالِ، لِأَنَّ الرِّبْحَ يُسْتَحَقُّ بِالشَّرْطِ وَهُوَ يُسْتَفَادُ مِن

فَصْلٌ فِي الِاخْتِلَافِ

لـمّا بين الاتفاق شرع في الاختلاف؛ لأن الاتفاق أصل، والاختلاف عارض، والعارض بعد وجود الأصل.

قوله: (في مقدار المقبوض)، قيد به إذ لو كان الاختلاف في الصفة القول لرب المال على ما يجيء.

(في مثله)، أي: مثل الاختلاف في مقدار المقبوض قول القابض إذا كان أمينًا، وبه قالت الأئمة الثلاثة، قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن القول للعامل(١).

وعن الشافعي في وجه: إذا كان في المال ربحٌ حالفه، والأصح هو الأول؛ لأنه أمين قابض فهو أحق بمعرفة مقدار المقبوض، ولهذا لو كان غاصبًا فهو أحق بمعرفة مقدار المقبوض فالأمين أولى، ألا ترى أنه لو أنكر أصل القبض كان القول له، فكذا إذا أنكر قبض بعضه، ذكره في الإيضاح.

قوله: (وإن اختلفا مع ذلك)، أي: مع الاختلاف في قدر رأس المال مقدار الربح بأن قال رب المال: رأس المال ألفان، وشرطت لك ثلث الربح، وقال العامل: رأس المال ألف، وشرطت لي نصف الربح.

(فالقول فيه)، أي: في الربح لرب المال، وفي القدر للعامل، وعليه نص

(*) الراجح: قول الجمهور.

(١) الإجماع لابن المنذر (ص ١٠٣).

جِهَتِهِ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى مَا ادَّعَى مِن فَضْلٍ قُبِلَتْ، لِأَنَّ الْبَيِّنَاتِ لِلْإِثْبَاتِ (وَمَنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ: هِيَ مُضَارَبَةٌ لِفُلَانٍ بِالنِّصْفِ، وَقَدْ رَبِحَ أَلْفًا، وَقَالَ فُلَانٌ: هِيَ بِضَاعَةٌ، فَالقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ المَالِ) لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَدَّعِي عَلَيْهِ تَقْوِيمَ عَمَلِهِ، أَوْ شَرْطًا مِن جِهَتِهِ، أَوْ يَدَّعِي الشَّرِكَةَ وَهُوَ يُنْكِرُ، (وَلَوْ قَالَ الْمُضَارِبُ: أَقْرَضْتَنِي، وَقَالَ رَبُّ المَالِ: هُوَ بِضَاعَةٌ، أَوْ وَدِيعَةٌ، فَالقَوْلُ لِرَبِّ المَالِ، وَالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُضَارِبِ)، لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَدَّعِي عَلَيْهِ التَّمَلُّكَ وَهُوَ يُنْكِرُ. (وَلَوْ ادَّعَى رَبُّ المَالِ الْمُضَارَبَةَ فِي نَوْعٍ، وَقَالَ الآخَرُ: مَا سَمَّيْتَ لِي تِجَارَةً بِعَيْنِهَا، فَالقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ)،

أحمد[١]، وهو قول مالك[٢]، وأبي ثور، وابن المنذر؛ لأن رب المال ينكر الشرط والربح الزائد وقال الشافعي: يتحالفان؛ لأنهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالمتبايعين.

وقلنا: اليمين على المنكِر بالحديث[٣]، والعامل ما يستحق يستحق بالشرط والربح ولا يكون منكرًا لشيء، بخلاف المتبايِعيْنِ إذ كل واحد مدعٍ ومنكر، ويرجعان إلى رؤوس أموالهما بعد التحالف، بخلاف ما نحن فيه.

قوله: (لأن المضارب يدعي عليه التمليك وهو ينكر)، بخلاف ما لو ادعى رب المال القرض، والعامل يدعي المضاربة حيث البينة بينه وبين رب المال، والقول للمضارب؛ لما أن رب المال والعامل اتفقا على أن الأخذ كان بإذنه ورب المال يدعي ضمانًا، والعامل منكر، فكان القول للمنكر، والبينة للمدعي، ذكره في الإيضاح.

قوله: (فالقول للمضارب)، في دعوى العموم مع يمينه لما أن الأصل في

---

(١) انظر: مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق (٦/ ٢٧٩٧)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٥٥).

(٢) انظر: المدونة لابن القاسم (٣/ ٦٣٣)، والبيان والتحصيل لابن رشد (١٢/ ٣٨٧).

(٣) أخرجه الدارقطني (٤/ ١١٤ رقم ٣١٩١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ١٢٣ رقم ١٦٨٨٢) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «البينةُ علَى مَن ادَّعَى، واليمينُ علَى مَن أنكَرَ إلّا فِي القَسامةِ».
قال الدارقطني: خالفه عبد الرزاق وحجاج روياه عن ابن جريج، عن عمرو مرسلًا، وضعفه ابن حجر في "التلخيص الحبير" (٤/ ٧٤).

لِأَنَّ الأَصْلَ فِيهِ العُمُومُ وَالإِطْلَاقُ، وَالتَّخْصِيصُ يُعَارِضُ الشَّرْطَ، بِخِلَافِ الوَكَالَةِ لِأَنَّ الأَصْلَ فِيهِ الخُصُوصُ. (وَلَوْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا نَوْعًا فَالقَوْلُ لِرَبِّ المَالِ)، لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى التَّخْصِيصِ، وَالإِذْنُ يُسْتَفَادُ مِن جِهَتِهِ، وَالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُضَارِبِ لِحَاجَتِهِ ......

المضاربة العموم، فكان القول لمن تمسك بالأصل، وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد، وقال زفر: القول لرب المال؛ لأن الإذن يستفاد من جهته فصارت كالوكالة.

قلنا: الأصل في الوكالة الخصوص لا العموم، وفي المضاربة الأصل العموم، ولهذا لو قال: خذ هذا المال مضاربة بالنصف يصح، ويملك جميع أنواع التجارات، فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد إلا بالتنصيص كالوكالة.

قوله: (لحاجته)، أي: لحاجة المضارب إلى نفي الضمان.

وفي النهاية: هذا مما يتأمل في صحته وإن كانت رواية الإيضاح تساعده؛ لأن رب المال يحتاج أيضًا إلى إثبات ما ادعى، بل بينة رب المال أولى بالقبول لإثباتها أمرًا عارضًا وهو الضمان، وشرعية البينات لإثبات الأمر العارض غير الظاهر؛ كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد.

وأما صاحب الذخيرة جعل حكم بينتي المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم واحد، وقال: لأن العمل بهما ممكن بأن يجعل كأنه أذن له بالعموم وإن لم تؤقت البينتان وقتًا، أو وُقِّتا على السواء، أو [٢/ ٢٩٠/ ب] وقت أحدهما دون الآخر قضى ببينة رب المال؛ لأنه تعذر العمل بهما لا معًا، ولا على الترتيب لأن الشهود لم يشهدوا به إذا تعذر العمل بهما يعمل ببينة رب المال؛ لأنه يثبت ما ليس بثابت، هكذا في الأصل.

وفي القدوري: لو نص شهود العامل على أنه أعطاه مضاربة في كل تجارة فالبينة بينته وإلا فالبينة بينة رب المال، ولو اتفقا على الخصوص واختلفا في النوع فالقول لرب المال، ثم قال: وإن أقاما بينة فالجواب فيه على التفصيل الذي مر في الفصل الأول.

إِلَى نَفْيِ الضَّمَانِ وَعَدَمِ حَاجَةِ الآخَرِ إِلَى البَيِّنَةِ، وَلَوْ وَقَّتَتْ البَيِّنَتَانِ وَقْتًا فَصَاحِبُ الوَقْتِ الأَخِيرِ أَوْلَى، لِأَنَّ آخِرَ الشَّرْطَيْنِ يَنْقُضُ الأَوَّلَ.

قوله: (ولو وقتت البينتان)، بأن قال رب المال: دفعته في البز في رمضان، وقال العامل: في الطعام في شوال، فبينة العامل أولى؛ لأن الثاني ناسخ للأول.

فروع

نفقة عبد المضاربة وجعله إذا أبق على رب المال ظهر ربح أو لا بلا خلاف؛ لأن ملك العامل في الربح قبل القسمة متردد، وملك رب المال متقرر، ويضم إلى رأس المال عند القسمة.

ولو دفع إليه ألفين وقال: أضف من عندك ألفًا أخرى تكون ألفان منها شركة، والألف مضاربة بالنصف جاز، وقال بعض أصحاب مالك: لا يجوز إلى مال القراض شركة.

ويجوز أن يكون الرجل عاملًا في المضاربة لرجل ثم يضاربه آخر، وقال أحمد: لا يجوز إذا كان فيه ضرر على الأول.

ولو دفع ألفًا على أن له نصف ربحها يجوز بلا خلاف، ولو قال: على أن لي ربح نصفها يجوز عندنا، وأبي ثور، خلافًا للأئمة الثلاثة.

ولو اشترى العامل بالألف أَمَةً، أو غنمًا، أو بقرًا، أو مكيلًا، أو موزونًا يساوي ألفين زَكَى حظه لظهور الربح، وبه قال الشافعي في قول، وأحمد في رواية، وقال مالك والشافعي في قول، وأحمد في رواية: لا يزكي لعدم ملكه الربح قبل القسمة.

ولو اشترى أَمَتَيْنِ، أو غنمًا، وبقرًا، أو شعيرًا لا يزكى لاختلاف الجنس فلا يظهر الربح.

ولا يكاتب المضارب قبل ظهور الربح؛ لأنها ليست بتجارة ولا خلاف فيه، وبعده ينفذ في حصته عندنا، ولرب المال فسخها دفعًا للضرر عن نفسه، وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز كما قبل ظهور الربح.

كِتَابُ الْوَدِيعَةِ

وجه مناسبة الوديعة للأبواب المتقدمة أن في الأبواب المتقدمة بيان حصول المال وما حصل له، إما أن يكون محفوظًا بنفسه، أو بغيره ولم يذكر الحفظ بنفسه؛ لأنه لم يتعلق به حكم المعاملات فبقي حفظه لغيره، وهو الوديعة.

ثم محاسن الوديعة ظاهرة إذ فيه إعانة أخيه في الحفظ، ووفاء الأمانة وهو من أشرف الخصال عقلًا، قال عليه السلام: «**الأمانَةُ تجُرُّ الغِنَى، والخِيانَةُ تَجُرُّ الفَقْرَ**»، والله تعالى موصوف بأنه أمين، وفي المثل: الأمانة أقامت المملوك مقام الملوك، والخيانة أقامت الملوك مقام المملوك.

ثم الوديعة لغة مشتقة من الوَدْعِ وهو الترك، قال عليه السلام: «**لَيَنْتَهِيَنَّ أقوامٌ عَنْ وَدْعِهِمُ الجُمُعاتِ**»[1] أي تركهم.

قال شمر: زعمت النحوية أن العرب أماتوا مصدر (يدع)، والنبي عليه الصلاة والسلام أفصح العرب، وقد تكلم به، وسميت الوديعة وديعة لأنها تترك عند الأمين يقال: أودعت زيدًا مالًا، استودعته إياه إذا دفعته إليه ليكون عنده وهو مودَع ومستودَع بفتح الدال فيهما والمال مودَع ووديعة.

وشرعًا: هي تسليط الغير على حفظ المال، أي مال كان.

ورُكْنُها: الإيجاب والقبول.

وشرطها: كون المال قابلًا لإثبات اليد عليه ليتمكن من حفظه، حتى لو [أودع][2] الآبق، أو المال الساقط في البحر، أو الطير الذي يطير في الهواء لا يصح، وكون المودَع مكلفًا شرط أيضًا ليجب عليه الحفظ.

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ٥٩١ رقم ٨٦٥) من حديث عبد الله بن عمر، وأبي هريرة ﭭ.

(٢) في الأصل: (ادع)، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (الوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ المُودَعِ، إِذَا هَلَكَتْ لَمْ يَضْمَنْهَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وحكمها: وجوب الحفظ، وصيرورة المال أمانة عنده، والأداء عند الطلب، وفي صورة وضع المال عند آخر وذهابه وتركه، أو ألقى الريح في بيته كان قابلًا للوديعة عرفًا بالسكوت، وكذا فيما لو قال لصاحب الحمّام: أين أضع ثيابي؟ فقال الحمّامي: ثمَّةَ، فوضعه فسُرِقَ ثيابه يضمن الحمّامي لتقصيره في الحفظ؛ لأنه يصير بقوله قابلًا للوديعة، إليه أشار في المبسوطين(١)، والمغني(٢)، وفتاوى قاضي خان(٣).

وهي مشروعة بالكتاب لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء:٥٨]، وأداء الأمانة لا يكون إلا بعدها، وقال تعالى: ﴿فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة:٢٨٣].

وبالسُّنة؛ فإنه عليه الصلاة والسلام [٢/ ٢٩١/أ] كان يودِع ويستودِع، وقال عليه الصلاة والسلام: «**أَدِّ الأمانةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ، وَلَا تَخُنْ مَن خانَكَ**»(٤)، وروي أنه عليه الصلاة والسلام كانت عنده ودائع، فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن، وأمر عليًّا أن يردّها على أهلها(٥).

وأجمعت الأمة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا عليها فإنهم يودِعون ويستَودِعون، ولأن قبول الوديعة من باب الإعانة وهي مندوبة بقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ﴾ [المائدة:٢]، وبقوله عليه الصلاة والسلام: «**إنَّ اللهَ تعالَى في عونِ العبدِ ما دامَ العبدُ في عونِ أخِيهِ**»(٦).

قوله: (الوديعة أمانة في يد المودَع)، قيل: الأمانة والوديعة مترادفان فكيف

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١١/ ١٠٨) و(١٥/ ١٦٠).
(٢) انظر: المغني (٦/ ٤٣٦). (٣) فتاوى قاضي خان (٣/ ٢٢٢).
(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٠ رقم ٣٥٣٥)، والترمذي (٢/ ٥٥٥ رقم ١٢٦٤)، والحاكم (٢/ ٤٦ رقم ٢٢٩٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.
(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٢٨٩ رقم ١٣٠٧٢) عن عائشة في هجرة النبي ﷺ قالت: وأمر - تعني رسول الله ﷺ - عليًّا رضي الله عنه أن يتخلف عنه بمكة حتى يؤدي عن رسول الله ﷺ الودائع التي كانت عنده للناس.
(٦) أخرجه مسلم (٤/ ٢٠٧٤ رقم ٢٦٩٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

وَالسَّلَامُ: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ» وَلِأَنَّ بِالنَّاسِ حَاجَةً إِلَى الِاسْتِيدَاعِ، فَلَوْ ضَمِنَاهُ يَمْتَنِعُ النَّاسُ عَنْ قَبُولِ الْوَدَائِعِ فَتَتَعَطَّلُ مَصَالِحُهُمْ.

قَالَ: (وَلِلْمُودَعِ أَنْ يَحْفَظَهَا بِنَفْسِهِ وَبِمَنْ فِي عِيَالِهِ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَلْتَزِمُ حِفْظَ

جوز بينهما المبتدأ والخبر إذ لا يجوز إيقاع اللفظين مترادفين مبتدأ وخبرًا إلا بطريق التفسير؟ كما يقال: الليث أسد، ومراد المصنف هنا ليس تفسير الوديعة بالأمانة، قيل في جوابه: جاز ذلك هاهنا إما لأن الأمانة أعمُّ من الوديعة، أو المراد من الأمانة ما هو غير مضمون وصار علَمًا لما هو غير مضمون، فكان معنى قوله (أمانة) غير مضمون عليه، ولهذا قال في شرح الطحاوي في تعداد ما هو غير مضمون، فقال: الوديعة أمانة، والعارية أمانة[(١)].

قوله: (غير المُغِلِّ)، أي: الخائن إذ الإغلال والغلول الخيانة، إلا أن الغلول تستعمل في المغنم خاصة، والإغلال عامّ، كذا في المغرب[(٢)].

والمعنى فيه أن المودَع متبرع في حفظها لصاحبها، والتبرع لا يوجب ضمانًا وإلّا لامتنع الناس عنه، ولأن هلاكها في يده كهلاكها في يد صاحبها، ولو هلكت في يد صاحبها لا يجب الضمان، فكذا في يد المودَع، ولهذا لو سرقت الوديعة عند المودَع ولم يسرق معه مال له لم يضمن عند أكثر أهل العلم إلا عند مالك فإنه يضمن للتهمة إذا لم يسرق معه مال له.

قوله: (وللمودَع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله) من زوجته، أو ولده، أو والديه، أو أجيره الخاص، وهو الأجير مشاهرة أو مُسانَهَةً، فأما الأجير للعمل من الأعمال كالأجانب يضمن بالدفع إليه، وكذا لو دفعه إلى عبده، أو أمته، وبه قال أحمد[(٣)]، ومالك[(٤)]، والشافعي[(٥)]، وأشهب المالكي يضمن بالدفع.

---

(١) انظر: مختصر القدوري (ص ١٣١)، وتحفة الفقهاء للسمرقندي (٣/ ١٧١).

(٢) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٣٤٤).

(٣) انظر: الإنصاف للمرداوي (٦/ ٣٢٤)، والإقناع للحجاوي (٢/ ٣٨٠).

(٤) انظر: المدونة لابن القاسم (٤/ ٤٣٣)، والبيان والتحصيل لابن رشد (١٥/ ٢٨٨).

(٥) انظر: الأم للشافعي (٧/ ١٢٢)، والحاوي الكبير للماوردي (٦/ ٥٢٠).

مَالِ غَيْرِهِ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي يَحْفَظُ مَالَ نَفْسِهِ، وَلِأَنَّهُ لَا يَجِدُ بُدًّا مِن الدَّفْعِ إِلَى عِيَالِهِ، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ مُلَازَمَةُ بَيْتِهِ وَلَا اسْتِصْحَابُ الوَدِيعَةِ فِي خُرُوجِهِ، فَكَانَ المَالِكُ رَاضِيًا بِهِ (فَإِنْ حَفِظَهَا بِغَيْرِهِمْ، أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرَهُمْ: ضَمِنَ) ....

ثم العبرة في هذا الباب للمساكنة لا للنفقة، حتى لو سكن مع المودِع ولم يلزمه نفقته فخرج وترك المنزل على الابن لم يضمن الوديعة والمرأة لو دفعتها إلى زوجها لم يضمن مع عدم وجوب نفقة الزوج عليها، والابن الكبير إذا سكن مع الأب يجوز الدفع إليه مع عدم وجوب النفقة.

وفي الذخيرة: الدفع إلى العيال إنما يجوز إذا كان من في عياله أمينًا وإلا فلا يجوز، وعن هذا قالوا في (تيم بان تنم رانغلام جونس كدا سب)[1] فذهب الغلام بالودائع يضمن إن علم أن غلامه سارق، وكذا إذا لم ينه عن الدفع إليه، ولهذا لو دفعها إلى أمين من أمنائه وليس في عياله يجوز وعليه الفتوى.

ولهذا لم يشترط في التحفة الحفظ بالعيال، بل قال: يحفظه على الوجه الذي يحفظ مال نفسه بحرزه، وبيد من كان ماله في يده، ثم قال: يعني به الأجير مشاهرة بنفقته وكسوته، والعبد المأذون الذي في يده ماله، والشريك المفاوض والعنان وإن لم يكونوا في عياله، وبهذا يعلم أن العيال ليس بشرط، وبه قال مالك.

وقال الشافعي: ليس له أن يدفعها إلى زوجته ومن في عياله؛ لأنه رضي بحفظه لا بحفظ غيره؛ إذ الأيدي مختلفة في الأمانة.

قلنا: يجب حفظها عليه كحفظ مال نفسه، والإنسان تارة يحفظ ماله بنفسه، وتارة بمن في عياله، ولأنه لا يجد منه بدًّا فإنه كلما خرج من داره لحاجته لا يمكنه أن يحملها مع نفسه فيضطر إلى أن يحفظها في بيته، وإذا خلفها في بيته صارت في يد زوجته وعياله حكمًا، فكان هذا مما لابدّ منه فصار مأذونًا فيه دلالة.

قوله: (وإن حفظها بغيرهم)، صورته: أن يخرج من بيته ويترك الوديعة فيه، وفي بيته غيره، والإيداع: أن ينقل الوديعة من بيته ويدفعها إلى أجنبي.

---

(١) هذه من المواطن التي يذكر فيها المصنف الكلام بغير العربية.

لِأَنَّ المَالِكَ رَضِيَ بِيَدِهِ لَا بِيَدِ غَيْرِهِ، وَالأَيْدِي تَخْتَلِفُ فِي الأَمَانَةِ، وَلِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ كَالوَكِيلِ لَا يُوَكِّلُ غَيْرَهُ، وَالوَضْعُ فِي حِرْزِ غَيْرِهِ إِيدَاعٌ، إِلَّا إِذَا اسْتَأْجَرَ الحِرْزَ فَيَكُونُ حَافِظًا بِحِرْزِ نَفْسِهِ. قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَقَعَ فِي دَارِهِ حَرِيقٌ فَيُسَلِّمَهَا إِلَى جَارِهِ، أَوْ يَكُونَ فِي سَفِينَةٍ فَخَافَ الغَرَقَ فَيُلْقِيَهَا إِلَى سَفِينَةٍ أُخْرَى) لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ طَرِيقًا لِلْحِفْظِ فِي هَذِهِ الحَالَةِ فَيَرْتَضِيهِ المَالِكُ، (وَلَا يُصَدَّقُ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ)، لِأَنَّهُ

فإن قيل: ينبغي أن لا يضمن بالإيداع لما ذكر قبله أن الظاهر أنه يلزمه حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه، ومال نفسه يحفظه بالإيداع، فينبغي أن يملكه.

قلنا: قوله: (أن المالك رضي بيده وحفظه لا بيد غيره) جواب عنه، والمراد بقوله (على الوجه الذي يحفظ مال نفسه)[1]، أي: بنفسه غالبًا فإن الغالب أن يحفظ مال نفسه بنفسه.

قوله: [٢/ ٢٩١/ب]: (ولأن الشيء لا يتضمن مثله)، أي لا يستتبع مثله، قال ابن أبي ليلى: له أن يودع غيره كالمستعير له أن يعير، والمأذون له أن يأذن لعبده، والمكاتَب أن يكاتِبَ عبده.

قلنا: المستعير مالك للمنفعة، والمأذون والمكاتب أيضًا فيتصرف هؤلاء بحكم الملك، وكلامنا في غيره.

قوله: (والوضع في حرز غيره إيداعه)، فيضمن، وذلك لأن الحرز في يد ذلك فصار بالوضع في الحرز مسلمًا إليه.

وقوله: (إلا أن يقع في داره حريق)، استثناء من قوله: (فإن حفظها بغيرهم ضمنه)، قال الحلواني: هذا إذا أحاط الحريق منزله بحيث لا يمكنه أن يدفعها إلى بعض من عياله، فلو أمكنه تناولها إلى بعض من في عياله يضمن بالدفع إلى الأجنبي، ذكره في الذخيرة.

قوله: (لا يصدق إلا ببينة)، وفي المنتقى: هذا إذا لم يعلم أن بيت المودع احترق، فإذا علم قبل قوله بلا بينة، ذكره في الذخيرة[2].

---

(١) انظر المتن ص ١٢٠.

(٢) انظر: الذخيرة البرهانية لابن مازة (١١/ ٣٨٥).

يَدَّعِي ضَرُورَةً مُسْقِطَةً لِلضَّمَانِ بَعْدَ تَحَقُّقِ السَّبَبِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا ادَّعَى الإِذْنَ فِي الإِيدَاعِ.

قَالَ: (فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَحَبَسَهَا وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهَا ضَمِنَهَا) لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ بِالْمَنْعِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَمَّا طَالَبَهُ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِإِمْسَاكِهِ بَعْدَهُ فَيَضْمَنُهُ بِحَبْسِهِ عَنْهُ.

قَالَ: (وَإِنْ خَلَطَهَا الْمُودَعُ بِمَالِهِ حَتَّى لَا تَتَمَيَّزُ، ضَمِنَهَا، ثُمَّ لَا سَبِيلَ لِلْمُودَعِ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِذَا خَلَطَهَا بِجِنْسِهَا شَرِكَهُ إِنْ شَاءَ)(*) مِثْلُ أَنْ يَخْلِطَ الدَّرَاهِمَ الْبِيضَ بِالْبِيضِ، وَالسُّودَ بِالسُّودِ، وَالْحِنْطَةَ بِالْحِنْطَةِ، وَالشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ. لَهُمَا: أَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الْوُصُولُ إِلَى عَيْنِ حَقِّهِ صُورَةً، ....

قوله: (وإن خلطها المودع بماله ضمنها)، وبه قال الشافعي[1]، وأحمد[2]، ومالك[3] في غير خلط الجنس بالجنس.

ثم الخلط على أربعة أوجه: خلط بطريق المجاورة مع تيسير التمييز؛ كخلط الدراهم البيض بالسود، والدراهم بالدنانير، والجوز باللوز فإنه لا يقطع حق المالك بلا خلاف لتمكن المالك من الوصول إلى عين ملكه بلا حرج.

وخلط بطريق المجاورة مع تعسر التمييز؛ كخلط الحنطة مع الشعير فذلك يقطع حق المالك، ويوجب الضمان بلا خلاف؛ لأنه لا يصل المالك إلى عين حقه إلّا بحرج، والمتعذّر كالمتعسِّر، ولأن الخلط لا يخلو عن حبات الشعير، والشعير لا يخلو عن حبات الحنطة فتعذر التمييز حقيقةً، وتعذر التمييز حكمًا أيضًا بالقسمة لاختلاف الجنس؛ فإن القسمة عند اختلاف الجنس غير مشروع، وقيل: لا ينقطع حق المالك، وبقوله (في الصحيح) يحترز عن هذا.

وخلط الجنس مع خلاف الجنس ممازجة؛ كخلط الخل بالزيت، وكل مائع بغير جنسه فيضمن فيه بلا خلاف؛ لأنه استهلاك حقيقةً وحكمًا.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٨/ ٣٦٢)، والتنبيه للشيرازي (ص ١١١).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٤٣٧)، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤/ ٥٧٧).

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٠٢)، والذخيرة للقرافي (٩/ ١٦٧).

وَأَمْكَنَهُ مَعْنًى بِالقِسْمَةِ، فَكَانَ اسْتِهْلَاكًا مِن وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ فَيَمِيلُ إِلَى أَيِّهِمَا شَاءَ. وَلَهُ: أَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ مِن كُلِّ وَجْهٍ، لِأَنَّهُ فِعْلٌ يَتَعَذَّرُ مَعَهُ الوُصُولُ إِلَى عَيْنِ حَقِّهِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِالقِسْمَةِ، لِأَنَّهَا مِن مُوجِبَاتِ الشَّرِكَةِ فَلَا تَصْلُحُ مُوجِبَةً لَهَا، وَلَوْ أَبْرَأَ الخَالِطَ لَا سَبِيلَ لَهُ عَلَى المَخْلُوطِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إِلَّا فِي الدَّيْنِ وَقَدْ سَقَطَ، وَعِنْدَهُمَا بِالإِبْرَاءِ تَسْقُطُ خِيرَةُ الضَّمَانِ فَيَتَعَيَّنُ الشَّرِكَةُ فِي المَخْلُوطِ، وَخَلْطُ الخَلِّ بِالزَّيْتِ وَكُلِّ مَائِعٍ بِغَيْرِ جِنْسِهِ يُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّ المَالِكِ إِلَى الضَّمَانِ، وَهَذَا بِالإِجْمَاعِ، لِأَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ صُورَةً وَكَذَا مَعْنًى لِتَعَذُّرِ القِسْمَةِ بِاعْتِبَارِ اخْتِلَافِ الجِنْسِ،

وخلط الجنس مع الجنس؛ كخلط دهن اللوز مع دهن اللوز، ودهن الجوز مع دهن الجوز، وخلط اللبن مع اللبن، والحنطة بالحنطة، والدراهم البيض بالدراهم البيض، والسود بالسود، فعند أبي حنيفة يضمن، وبه قال الشافعي، وأحمد، وعندهما لا ينقطع ملك المالك، بل له الخيار إن شاء ضمن، وإن شاء شركه، وقال مالك: شاركه بلا خيار تضمين.

قوله: **(وأمكنه)**، أي: الوصول إلى عين حقه، **(معنى)** أي: حكمًا بالقسمة فإن القسمة فيما لا يتقارب آحاده إفراز وتعيين، حتى ملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصته عينًا من غير قضاء ولا رضا، فكان إمكان الوصول إلى عين حقه قائمًا معنى فخيرناه، كذا في جامع البزدوي.

(وله)، أي: لأبي حنيفة **(أنه)** أي: هذا الخلط استهلاك من كل وجه فينقطع حق المالك فيضمن؛ لأن الاستهلاك من العباد التغييب، فأما انعدام المحل فبتخليق الله، والتغييب قد وجد فكان متعديًا ضامنًا لا شريكًا، فلا يباح له التناول قبل أداء الضمان، كذا في البدرية.

(لأنها) أي: القسمة، **(من موجبات الشركة)** أي: أحكامها، **(فلا تصلح)** أي: القسمة **(موجبة لها)** أي: للشركة لأنه تنقلب العلة حكمًا، والحكم عِلَّةً، وفائدة الخلاف تظهر فيما **(إذا أبرأ الخالط)** إلى آخر ما ذكر في المتن، و(الحل) بالحاء المهملة: دهن السمسم.

قوله: **(لتعذر معنى القسمة باعتبار اختلاف الجنس)** فإن جهة المبادلة

وَمِن هَذَا القَبِيلِ خَلْطُ الحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ فِي الصَّحِيحِ، لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَا يَخْلُو عَنْ حَبَّاتِ الآخَرِ، فَتَعَذَّرَ التَّمْيِيزُ وَالقِسْمَةُ. وَلَوْ خَلَطَ المَائِعَ بِجِنْسِهِ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: يَنْقَطِعُ حَقُّ المَالِكِ إِلَى ضَمَانٍ لِمَا ذَكَرْنَا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: يُجْعَلُ الأَقَلُّ تَابِعًا لِلْأَكْثَرِ اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ أَجْزَاءً، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: شَرِكَةٌ بِكُلِّ حَالٍ(*)، لِأَنَّ الجِنْسَ لَا يَغْلِبُ الجِنْسَ عِنْدَهُ عَلَى مَا مَرَّ فِي الرَّضَاعِ، وَنَظِيرُهُ خَلْطُ الدَّرَاهِمِ بِمِثْلِهَا إِذَابَةً، لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَائِعًا بِالإِذَابَةِ.

قَالَ: (وَإِنْ اخْتَلَطَتْ بِمَالِهِ مِن غَيْرِ فِعْلِهِ، فَهُوَ شَرِيكٌ لِصَاحِبِهَا) كَمَا إِذَا انْشَقَّ

راجحة، وليس فيها معنى الإبراء.

(**ومن هذا القبيل**) أي: من قبيل انقطاع حق المالك بالإجماع.

وقوله: (**في الصحيح**)، احتراز عما قال البعض أنه على الاختلاف كما خلط الجنس مع الجنس؛ لأن تمييز الحنطة ممكن بأن يصب في ماء فترسب الحنطة ويطفو الشعير، والصحيح أن حق المالك ينقطع بالإجماع لما ذكرنا أن التمييز متعسر، أو متعذر لما في الحنطة حبات الشعير، وكذا في الشعير حبات الحنطة فلا يصل المالك إلى عين حقه بالقسمة.

وفيما قالوا بأن يصب في الماء إفساد المخلوط في الحال، مع أن الراسب يمكن أن يكون حبات حنطة صاحب الشعير، والطافي حبات شعير صاحب الحنطة، فعرف أن التمييز متعذر، كذا في المبسوط، وجامع المحبوبي(١).

قوله: (**يجعل الأقل تابعًا للأكثر**) فيضمن صاحبُ الكثيرِ القليلَ، والفرق لأبي يوسف بين خلط المائع بالمائع من خلاف جنسه فإن في خلاف جنسه [٢/ ٢٩٢/أ] ينقطع حق المالك بالإجماع أن التداخل والشيوع في المائعات أكثر، فالخاصية تبطل بالخلط عند اختلاف الجنس فيتحقق معنى الاستهلاك، أما في الجنس يعتبر الأكثر إذ أقلهما تابع لما أن الخاصية باقية، كذا في الفوائد الظهيرية.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ١١٠).

الكِيسَانِ فَاخْتَلَطَا، لِأَنَّهُ لَا يَضْمَنُهَا لِعَدَمِ الصُّنْعِ مِنهُ فَيَشْتَرِكَانِ، وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ. قَالَ: (فَإِنْ أَنْفَقَ المُودَعُ بَعْضَهَا، ثُمَّ رَدَّ مِثْلَهُ فَخَلَطَهَا بِالبَاقِي ضَمِنَ الجَمِيعَ) لِأَنَّهُ خَلَطَ مَالَ غَيْرِهِ بِمَالِهِ، فَيَكُونُ اسْتِهْلَاكًا عَلَى الوَجْهِ الَّذِي تَقَدَّمَ.

قوله: (لعدم الصنع منه) أي: من المودَع، أي عدم الصنع الموجب للضمان، ولو يمكن تقصيره[١] فذلك من المودع بأن جعل الوديعة في كيس بالٍ، ولكن المختلط مشترك بينهما بقدر ملكيهما.

قوله: (فإن أنفق المودَع بعضها)، قيد بالإنفاق لأنه لو أخذها لأجل الإنفاق ثم ردها قبل الإنفاق لم يضمن؛ لأنه خالف عاد إلى الوفاق، ذكره في المبسوط[٢].

وقال الشافعي في قول، ومالك: يضمن الكل، وكذا لو أنفق البعض ولم يردَّ شيئًا يضمن الكل عندهما، وعندنا يضمن ما أنفق؛ لأن بالخيانة ترفع الأمانة فتجب الغرامة.

وقلنا: الغرامة تجب بقدر الخيانة، وقد خان في البعض دون الكل، وفيما إذا رفع ولم ينفق لم تتحقق الخيانة؛ لأن بمجرد النية لا يصير ضامنًا؛ كما لو نوى أن يغصب مال إنسان، يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام: «**إنّ الله تعالَى تجاوزَ عن أمتِي ما وَسْوَسَتْ بِهِ. . .**»، الحديث[٣].

وإن صار ضامنًا بالرفع فقد عاد إلى الوفاق برد العين إلى موضعه، وهذا أحوط الوجهين عندي؛ فإنه لو باعها بعد الرفع ضمن قيمتها بعد البيع ينفذ بيعه، فعلم أن الرفع للبيع موجب للضمان، ولو لم يضمن بالرفع ينبغي أن لا ينفذ بيعه، والرواية محفوظة أن البيع نافذ، وفيما إذا أنفق بعضها لم يضمن الباقي؛ لأنه حافظ في الباقي للمالك، وبما أنفق لم يتعيب الباقي حتى لو تعيب بأن يضره التبعيض يضمن الكل، كذا في المبسوط.

قوله: (يضمن الجميع)، قالوا: هذا إذا لم يجعل علامة على ماله حين

---

(١) في الأصل: (ولا يمكن تقصير)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسرخسي (١١/ ١١٢).

(٣) أخرجه البخاري (٧/ ٤٦ رقم ٥٢٦٩)، ومسلم (١/ ١١٦ رقم ١٢٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

قَالَ: (وَإِذَا تَعَدَّى المُودَعُ فِي الوَدِيعَةِ، بِأَنْ كَانَتْ دَابَّةً فَرَكِبَهَا، أَوْ ثَوْبًا فَلَبِسَهُ، أَوْ عَبْدًا فَاسْتَخْدَمَهُ، أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرَهُ، ثُمَّ أَزَالَ التَّعَدِّيَ فَرَدَّهَا إِلَى يَدِهِ، زَالَ الضَّمَانُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَبْرَأُ عَنْ الضَّمَانِ، لِأَنَّ عَقْدَ الوَدِيعَةِ ارْتَفَعَ حِينَ صَارَ ضَامِنًا لِلْمُنَافَاةِ فَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بِالرَّدِّ عَلَى المَالِكِ، ....

خلطه بمال الوديعة، أما لو جعل بحيث يتأتى التمييز لا يضمن إلا ما أنفق، ذكره في الذخيرة.

وقال الشافعي: لا يضمن إلا ما أنفق في الوجهين، وبه قال ابن القاسم المالكي، وأحمد، وحكي عن مالك أن ذلك يقوم مقامها ويصير أمانة، وقال الربيع: يضمن الجميع إذا لم يميز، والمنصوص من الشافعي الأول، كذا في الحلية[١].

لعدم التعدي في الباقي، والخلط هنا لا يصير استهلاكًا؛ لأن الدرهم المخلوط حقه؛ إذ الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، ويدُ مودعه[٢] كَيَدِهِ.

وقلنا: خلط مال غيره بماله؛ لأن ما أنفق صار دينًا في ذمته، وهو لا ينفرد بقضاء الدين من غير محضر صاحبه فكان خلطًا لما بقي بملك نفسه، وهو موجب للضمان عليه، ثم يد المودع كيده لكن فيما فوض إليه وهو الحفظ، لا في الخلط.

قوله: (زال الضمان)، وإنما قال زال لأن الضمان وجب عليه بنفس الركوب، حتى لو هلك في حالة الاستعمال يضمن بلا خلاف، وقال الشافعي: لا يبرأ، وبه قال مالك في رواية، وأحمد، وفي رواية ابن القاسم وأشهب: يبرأ، كقولنا.

قوله: (للمنافاة) أي: بين كونه ضامنًا، وبين كونه أمينًا إذ الأمين غير خائن، وإذا ثبت كونه ضامنًا انتفى كونه أمينًا وهو موجب العقد، فارتفع العقد فلا يعود إلا بسبب جديد ولم يوجد فلا يبرأ إلا بالرد على المالك فيضمن.

---

(١) حلية العلماء للشاشي (٥/ ١٧٨).

(٢) في الأصل: (مودوعه)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَلَنَا: أَنَّ الأَمْرَ بَاقٍ لِإِطْلَاقِهِ، وَارْتِفَاعُ حُكْمِ العَقْدِ ضَرُورَةَ ثُبُوتِ نَقِيضِهِ، فَإِذَا ارْتَفَعَ عَادَ حُكْمُ العَقْدِ، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِلْحِفْظِ شَهْرًا فَتَرَكَ الحِفْظَ فِي بَعْضِهِ ثُمَّ حَفِظَ فِي البَاقِي فَحَصَلَ الرَّدُّ إِلَى نَائِبِ المَالِكِ. قَالَ: (فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَجَحَدَهَا ضَمِنَهَا) لِأَنَّهُ لَمَّا طَالَبَهُ بِالرَّدِّ فَقَدْ عَزَلَهُ عَنْ الحِفْظِ، فَبَعْدَ ذَلِكَ هُوَ بِالإِمْسَاكِ غَاصِبٌ مَانِعٌ فَيَضْمَنُهَا، فَإِنْ عَادَ إِلَى الِاعْتِرَافِ: لَمْ يَبْرَأْ عَنْ الضَّمَانِ لِارْتِفَاعِ العَقْدِ، إِذْ المُطَالَبَةُ بِالرَّدِّ رَفْعٌ مِن جِهَتِهِ، وَالجُحُودُ فَسْخٌ مِن جِهَةِ المُودَعِ، كَجُحُودِ الوَكِيلِ

(ولنا: أن الأمر)، أي: بالحفظ وهو الإيداع باق لإطلاق الأمر لأنه قال: احفظ هذا المال، والأمر يتناول جميع الأوقات بعد الخلاف وقبله، ولم يبطل الإيداع بالخلاف؛ لأن بطلان الشيء بما وضع لإبطاله، أو بما ينافيه، والاستعمال ليس بموضوع لإبطال الإيداع ولا ينافيه أيضًا، ولهذا صح الأمر بالحفظ مع استعمال ابتداء بأن يقول للغاصب: أودعتُكَ وهو مستعمِلٌ له، وإذا كان الأمر بالحفظ باقيًا فقد ردَّه بترك التعدي إلى ثابت الملك أعني نفسه، فلا يضمن بالهلاك.

وقوله: (العقد قد ارتفع)، قلنا: ارتفاع العقد ما كان باعتبار معنى صادف العقد، بل ضرورة فوات موجب العقد وهو الحفظ للمالك، وإذا كان الفوات ضروريًّا يتقدر بقدر الضرورة، فيظهر أثر الارتفاع في قدر ما وجب الخلاف فيه، وفيما وراءه بقي على ما كان، فكذلك هاهنا.

فأما المستأجِر والمستعير إذا تعدَّى، ثم أزال التعدي لم يبرأ عن الضمان، خلافًا لزفر، له [٢/ ٢٩٢/ب] الاعتبار بالوديعة.

وقلنا: البراءة إنما تكون بالإعادة إلى يد المالك أو نائبه، ويد المستأجر والمعير يد نفسه فإنه يستوفي المنافع المملوكة له من المحل، والمالك فيما يتصرف في المحل يكون عاملًا لنفسه لا لغيره فلا يبرأ عن الضمان، ذكره في الأسرار.

قوله: (فجحدها ضمنها)، ولا يعلم فيه خلاف.

(رفعٌ من جهته)، أي: من جهة المالك.

الوَكَالَةَ وَجُحُودِ أَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ البَيْعَ فَتَمَّ الرَّفْعُ، أَوْ لِأَنَّ المُودَعَ يَنْفَرِدُ بِعَزْلِ نَفْسِهِ بِمَحْضَرٍ مِن المُسْتَوْدِعِ، كَالوَكِيلِ يَمْلِكُ عَزْلَ نَفْسِهِ بِحَضْرَةِ المُوَكِّلِ، وَإِذَا ارْتَفَعَ لَا يَعُودُ إِلَّا بِالتَّجْدِيدِ، فَلَمْ يُوجَدْ الرَّدُّ إِلَى نَائِبِ المَالِكِ، بِخِلَافِ الخِلَافِ ثُمَّ العَوْدِ إِلَى الوِفَاقِ، وَلَوْ جَحَدَهَا عِنْدَ غَيْرِ صَاحِبِهَا لَا يَضْمَنُهَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، خِلَافًا لِزُفَرَ،

قوله: **(بخلاف الخلاف)** أي: بالفعل لأن العقد باق كما ذكرنا، والدليل عليه أوامر الشرع، والجحود فيها رد، حتى لو أنكر أمر الله يكفر، والخلاف لا يكون ردًا، حتى لو ترك صومًا أو صلاة لا يكفر، وفي الزاد: هذا كله إذا جحد الوديعة في العقار.

قال شمس الأئمة السرخسي: لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف في جميع الوجوه[١].

ومن المشايخ من قال: العقار يضمن بالجحود بلا خلاف، وإن كان الغصب لا يتحقق فيه عندهما، وقال الحلواني: في ضمان الجحود في العقار عن أبي حنيفة روايتان.

قوله: **(ولو جحدها عند غير صاحبها)**، بأن قال أجنبي: ما حال وديعة فلان عندك؟ أو قال: أعندك وديعة فلان؟ فقال: ليس لفلان عندي وديعة، لم يضمن عند أبي يوسف، خلافًا لزفر، له أن الجحود سبب الضمان سواء كان عند المالك أو غيره؛ كالإتلاف حقيقة.

وقلنا: الجحود عند غير المالك من باب الحفظ؛ لأنه يقطع طمع الطامعين عنها فلا يضمن به، ولأن المالك ما عزله عن الحفظ وهو لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه؛ لأن العقد ما قام به وحده، بل قام بهما فلا يرتفع إلا بهما، فبقي العقد، وباعتبار بقائه يدُهُ كَيَدِ المالك فلا يضمن.

وخص قول أبي يوسف بقوله: **(لا يضمنها عند أبي يوسف)**، وإن كان الحكم كذلك عند علماء الثلاثة[٢]، وكذا عند أئمة الثلاثة؛ لما أن هذا الفصل لم يكن مذكورًا في مبسوط محمد، وإنما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب فأورده كذلك.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ٧٦).

(٢) كذا في الأصول، والمراد: علماء المذهب.

لِأَنَّ الْجُحُودَ عِنْدَ غَيْرِهِ مِن بَابِ الحِفْظِ، لِأَنَّ فِيهِ قَطْعَ طَمَعِ الطَّامِعِينَ، وَلِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ عَزْلَ نَفْسِهِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنهُ، أَوْ طَلَبِهِ، فَبَقِيَ الأَمْرُ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِحَضْرَتِهِ.

قَالَ: (وَلِلْمُودَعِ أَنْ يُسَافِرَ بالوَدِيعَةِ وَإِنْ كَانَ لَهَا حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ لَهَا حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ)(*) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي

قوله: (إذا كان له)، أي: لمال الوديعة (حملٌ ومؤنةٌ)، والحمل بالفتح مصدر حمل الشيء، ومنه ما له حَمل ومؤنة، يعنون ما له ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر، أو أجرة حمال، وبيانه في لفظ الأصل: ما له مؤنة، كذا في المغرب(١).

(وقال الشافعي: ليس له)، أي: للمودع المسافرة بها في الوجهين فيما له حمل ومؤنة أم لا، وبه قال مالك إذا قدر أن يردها على صاحبها، أو وكيله، أو الحاكم، أو أمين، فإذا لم يقدر على أحد منهم لا يضمن للضرورة.

وللشافعي في نقل الوديعة من قرية إلى قرية فيما دون مدة السفر إذا كانت المسافة آمنة وجهان، وهذا الخلاف إذا كان الطريق آمنًا بأن لا يقصده أحدٌ غالبًا، ولو قصده يمكنه دفعه، وبرفقة السفر ولم ينهه المودع عنها، أما إذا لم يكن الطريق آمنًا، أو نهاه عن السفر فبالسفر يضمن بلا خلاف بين العلماء.

وفي النهاية: هذا الإطلاق في قولهما بالصفة التي وضعت في الكتاب لا وضع الجامع، ولا وضع المبسوط، فإنه قال في الجامع: عند أبي حنيفة لا يضمن بالخروج قصر الخروج أو طال، وعند أبي يوسف إن قصر الخروج لم يضمن بكل حال، وإن طال لم يضمن فيما له حمل ومؤنة، وعند محمد لا يملك الخروج فيما له مؤنة طال به أو قصر، كذا ذكره في جامع فخر الإسلام.

وفي المبسوط بعد ذكر قول أبي حنيفة: إذا قربت المسافة له أن يسافر بها له حمل ومؤنة أو لا وإذا بعدت ليس له ذلك لأنه يعظم الضرر والمؤنة على صاحبها عند بُعْدِ المسافة إذا أراد ردّها(٢).

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ١٢٨).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١١/ ١٢٢) وفيه: واستحسن محمد رحمه الله فقال: إذا قربت المسافة فله أن يسافر بها، وإذا بعدت المسافة فليس له ذلك؛ لأنه يعظم الضرر والمؤنة على صاحبها عند بعد المسافة، إذا أراد ردها.

الوَجْهَيْنِ، لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِطْلَاقُ الأَمْرِ، وَالمَفَازَة مَحَلٌّ لِلْحِفْظِ إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا، وَلِهَذَا يَمْلِكُ الأَبُ وَالوَصِيُّ فِي مَالِ الصَّبِيِّ. وَلَهُمَا: أَنَّهُ تَلْزَمُهُ مُؤْنَةُ الرَّدِّ فِيمَا

قوله: (لأبي حنيفة)، إلى آخره إطلاق الأمر يعني أمره بالحفظ مطلقًا من غير تقييد بمكان دون مكان فلا يتقيد بمكان، كما لا يتقيد بزمان دون زمان، والمفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمنًا، والكلام فيه حتى لو لم يكن آمنًا، أو بحرًا يَضْمَنُ، ولو كان الطريق مخوفًا ولا بد له من السفر لا يضمن أيضًا، ولهذا يملك الأب والوصي في مال الصبي مع أن ولايتهما نظرية، ولا يقال الأب والوصي يملكان التجارة في مال الصبي، والتجارة تدل على جواز المسافرة لا الحفظ.

أما المودَع يملك الحفظ لا التجارة فكيف يصح الاستدلال بهما والحفظ في الأسفار لا يتحقق عرفا وكذا شرعًا؟ قال عليه الصلاة والسلام: «**المُسافِرُ وما في يَدِهِ علَى قَلَتٍ إلّا ما وَقَى الله**»(١)، أي [٢/ ٢٩٣/أ] هلاك، فلا يلزم من الإذن بالحفظ جواز المسافرة؛ لأنا نقول لا يجوز لهما قربان مال اليتيم إلا بالوجه الأحسن، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام:١٥٢]، وأولى وجوه الحسن رعايته عن مواضع التلف، فكان ولايتهما مقيدة بشرط النظر.

فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز لهما السفر بماله، ونحن لا نمنع زيادة ثبوت الولاية لهما ولكن مع ذلك تصرفهما مقيد بشرط النظر، فلما جاز لهما المسافرة مع تنصيص الشرع على القربان بالوجه الأحسن ينبغي أن يجوز بمال الوديعة بالطريق الأولى؛ لأنه مأمور بالحفظ مطلقًا.

وما قال من العرف مشترك فقد يكون قصد المودع أن يحمل إليه خصوصًا إذا سافر إلى بلد صاحب الوديعة، والعرف المشترك لا يصلح حجة.

وأما الحديث كان ذلك في بدء الإسلام لقلة المسلمين في الأسفار، ولهذا أخبر عليه السلام من الأمر بعده: «**يوشِكُ أن تَخرُجَ الظَّعينةُ مِنَ القادِسِيَّةِ إلَى مَكّة**

---

(١) قال ابن حجر: أنكره النووي في شرح المهذب فقال: ليس هذا خبرًا عن النبي ﷺ، وإنما هو من كلام بعض السلف. التلخيص الحبير (٣/ ٢١٢).

لَهُ حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ، وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ لَا يَرْضَى بِهِ فَيَتَقَيَّدُ، وَالشَّافِعِيُّ يُقَيِّدُهُ بِالحِفْظِ المُتَعَارَفِ وَهُوَ الحِفْظُ فِي الأَمْصَارِ، وَصَارَ كَالِاسْتِحْفَاظِ بِأَجْرٍ. قُلْنَا: مُؤْنَةُ الرَّدِّ تَلْزَمُهُ فِي مِلْكِهِ ضَرُورَةَ امْتِثَالِ أَمْرِهِ فَلَا يُبَالِي بِهِ، وَالمُعْتَادُ كَوْنُهُمْ فِي المِصْرِ لَا حِفْظُهُمْ، وَمَنْ يَكُونُ فِي المَفَازَةِ يَحْفَظُ مَالَهُ فِيهَا، ....

لا تخافُ إلّا اللهَ تعالَى والذئبَ على غَنَمِها»(١)، وكلامنا فيما إذا كان الطريق آمنا ولا يقال: المأمور بالبيع مأمور بالحفظ مع أنه لو سافر بالوديعة يضمن لأنا نقول مأمور بالحفظ ضرورة البيع فيثبت الحفظ اقتضاء فلا عموم له ذكره في الأسرار ولهما أنه يلزمه أي المالك مؤنة الرد ولا ولاية له في إلزام المؤنة عليه لأن فيه إضرارًا عليه.

قوله: (**بالحفظ المتعارف**)، وذا بالأَكِنَّةِ والبيوت دون المفاوز؛ لأن أسباب الصيانة تتهيأ في الأمصار من كل وجه وفي غيرها تتهيأ من وجه دون وجه، بل فيها تعريض لها على التوي، قال عليه الصلاة والسلام: «**المُسافِرُ ومالُهُ علَى قَلَتٍ**» الحديث(٢)، ولهذا لو استأجر ليحفظ متاعه شهرًا بدرهم فسافر بالمال يضمن.

وقوله: (**قلنا مؤنة الرد**)، جواب عن قولهما يعني ما يلحق المالك من مؤنة فمن ضرورة امتثال أمره فلا يعد ذلك إضرارًا به.

وقوله: (**والمعتاد كونهم في المصر**)، جواب عن قول الشافعي.

(**كونهم**)، أي: كون أهل الأمصار في المصر لا حفظهم.

(**ومن كان في المفازة يحفظ ماله فيها**)، أي: في المفازة؛ كأهل الخيام، والأخبية، وهذا الخلاف فيما إذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل أطلق،

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٤٩٧ رقم ٣٥٩٥) من حديث عدي بن حاتم ﷺ قال: بينا أنا عند النبي ﷺ إذ أتاه رجل فشكا إليه الفاقة، ثم أتاه آخر فشكا إليه قطع السبيل، فقال: «يا عَدِيُّ، هلْ رأيتَ الحِيرةَ؟» قلت: لم أرها، وقد أنبئت عنها، قال: «فإنْ طالَتْ بكَ حياةٌ لترَيَنَّ الظّعينةَ ترتَحِلُ من الحِيرَةِ حتى تطوفَ بالكعبةِ لا تخافُ أحدًا إلّا اللَّهَ».

(٢) قال ابن حجر: أنكره النووي في شرح المهذب فقال: ليس هذا خبرًا عن النبي ﷺ، وإنما هو من كلام بعض السلف. التلخيص الحبير (٣/ ٢١٢).

بِخِلَافِ الِاسْتِحْفَاظِ بِأَجْرٍ، لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فَيَقْتَضِي التَّسْلِيمَ فِي مَكَانِ العَقْدِ (وَإِذَا نَهَاهُ المُودِعُ أَنْ يُخْرِجَ الوَدِيعَةِ فَخَرَجَ بِهَا ضَمِنَ) لِأَنَّ التَّقْيِيدَ مُفِيدٌ، إِذْ الحِفْظُ فِي المِصْرِ أَبْلَغُ فَكَانَ صَحِيحًا.

قَالَ: (وَإِذَا أَوْدَعَ رَجُلَانِ عِنْدَ رَجُلٍ وَدِيعَةً، فَحَضَرَ أَحَدُهُمَا وَطَلَبَ نَصِيبَهُ مِنهَا، لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ حَتَّى يَحْضُرَ الآخَرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَدْفَعُ إِلَيْهِ نَصِيبَهُ)(*) وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: ثَلَاثَةٌ اسْتَوْدَعُوا رَجُلًا أَلْفًا فَغَابَ اثْنَانِ، فَلَيْسَ لِلْحَاضِرِ أَنْ يَأْخُذَ

فإن عين في المصر فسافر إن كان سفرًا له منه بد يضمن، وإن كان سفرًا لا بد له منه فإن أمكنه الحفظ فيه مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحدًا من عياله مع الوديعة في المصر ضمن، وإلّا لا، وكذا لو سافر مع إمكان ردها إلى صاحبه، أو وكيله يضمن، وإلّا لا.

قوله: (لم يدفع إليه) بطلبه نصيبه، **(حتى يحضر الآخر)** عند أبي حنيفة حتى لو فعل ضمن نصفه، **(وقالا: يدفع إليه نصيبه)** ولا يضمن.

قوله: (وفي الجامع الصغير) إلى آخره، قال أبو جعفر في الكشف: في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في كتاب الوديعة، وذلك أن رواية كتاب الوديعة: القاضي لا يأمر المودَع بالدفع، وكان يجوز أن يقول قائل: إن كان القاضي لا يأمر للمودع أن يأخذ ديانة، فلما قال في الجامع: ليس له أن يأخذه، زالت هذه الشبهة.

وفائدة أخرى: أن رواية كتاب الوديعة: "في اثنين"، ورواية الجامع: "في الثلاثة"، فلولا رواية الجامع لقائل أن يقول: نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكًا، ويجعل تبعًا للأكثر فلا يؤخذ من المودع، فأما نصيب[١] الحاضر من الرجلين لا يكون مستهلَكًا ولا تابعًا فله أخذه، فبين أن كِلَيهما سواء، وتلقب هذه المسألة بمسألة الحمّامي وهي مشهورة[٢].

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) في الأصل: (فانصيب)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) قال العيني: مسألة الحمامي، وحكايته أن رجلين دخلا الحمام وأودعا عند الحمامي هميانًا=

نَصِيبَهُ عِنْدَهُ، وَقَالَا: لَهُ ذَلِكَ، وَالخِلَافُ فِي المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ، وَهُوَ المُرَادُ بِالمَذْكُورِ فِي المُخْتَصَرِ. لَهُمَا: أَنَّهُ طَالَبَهُ بِدَفْعِ نَصِيبِهِ فَيُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ كَمَا فِي الدَّيْنِ المُشْتَرَكِ، وَلِهَذَا لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِتَسْلِيمِ مَا سَلَّمَ إِلَيْهِ وَهُوَ النِّصْفُ، وَهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ، فَكَذَا يُؤْمَرُ هُوَ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ طَالَبَهُ بِدَفْعِ نَصِيبِ الغَائِبِ، لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِالمُفْرَزِ وَحَقِّهِ فِي المُشَاعِ، وَالمُفْرَزُ المُعَيَّنُ يَشْتَمِلُ عَلَى الحَقَّيْنِ، وَلَا

قوله: (**والخلاف في المكيل والموزون**)، إلى قوله: (**وهو المراد بالمذكور في المختصر**)، أي: القُدُوري، وذكر هذا احترازًا في ذوات الأمثال؛ لأن في القسمة في غيرهما معنى المبادلة، فلو كانت الوديعة من غير ذوات الأمثال كالثياب، والدواب، والعبيد ليس للحاضر أن يأخذه بالإجماع.

(**لهما أنه**)، أي: الحاضر (**طالبه بدفع نصيبه**)، وكل واحد من المودِعين مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه قبض نصيبه بغيبة الآخر؛ كالشريك في الدّين بأن باعا عبدًا مشتركًا إذا حضر أحدهما كان له أن يطالب المديون، فكذا هذا، وهذا لأنه يجب دفع الضرر عن الحاضر كما يجب عن الغائب، وإنما يندفع الضرر عنهما بما قلنا بأن يقسم فيدفع إلى الحاضر نصيبه.

ثم لا تنفذ قسمته على الغائب، حتى إذا هلك الباقي ثم [٢/ ٢٩٣/ ب] حضر الغائب كان له أن يشارك الحاضر فيما أخذ دفعًا للضرر عنه، وهذا في المثليات ظاهر، (**ولهذا كان له**)، أي: للمودع الحاضر أخذ نصيبه إذا ظفر به.

قوله: (**لأنه**)، أي: للحاضر يطالب المودِعَ (**بالمفرز**)، أي: المقسوم، يعني لو دفعه لبيَّنَّاهُ، إما أن يكون المدفوع من نصيبهما، أو من نصيب الآخر خاصة لا وجه إلى الثاني؛ لأنه لا يكون إلّا بعد القسمة المعتبرة، وليس للمودع ولاية على الغائب في القسمة، ولهذا لا تصح قسمته، ولا يقع دفعه قسمة عليه

= من ذهب، فخرج أحدهما قبل صاحبه وأخذ الهميان وذهب به، وخرج الآخر وطالبه بالهميان، ولعلهما تواطأا على ذلك، فتحير الحمامي، فقيل: فَيْصَلُ هذا الأمر عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، فذهبوا إليه وقصُّوا عليه القصة، فقال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: لا تقل دفعتُهُ إلى صاحبكَ، ولكن قُلْ: لا أدفعُهُ إليك حتى تَحضَرَ صاحبكَ، فانقطع الرجل وترك الحمامي. البناية شرح الهداية (١٠/ ١٢٤).

يَتَمَيَّزُ حَقُّهُ إِلَّا بِالقِسْمَةِ، وَلَيْسَ لِلْمُودَعِ وِلَايَةُ القِسْمَةِ، وَلِهَذَا لَا يَقَعُ دَفْعُهُ قِسْمَةً بِالإِجْمَاعِ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ المُشْتَرَكِ، لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِتَسْلِيمِ حَقِّهِ، لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا. قَوْلُهُ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ.

قُلْنَا: لَيْسَ مِن ضَرُورَتِهِ أَنْ يُجْبَرَ المُودَعُ عَلَى الدَّفْعِ، كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً عِنْدَ إِنْسَانٍ، وَعَلَيْهِ أَلْفٌ لِغَيْرِهِ، فَلِغَرِيمِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ إِذَا ظَفِرَ بِهِ، وَلَيْسَ لِلْمُودَعِ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَوْدَعَ رَجُلٌ عِنْدَ رَجُلَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يُقْسَمُ: لَمْ يَجُزْ أَنْ يَدْفَعَهُ أَحَدُهُمَا إِلَى الآخَرِ، وَلَكِنَّهُمَا يَقْتَسِمَانِهِ، فَيَحْفَظُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا نِصْفَهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُقْسَمُ: ....

بالإجماع، حتى لو هلك الباقي في يد المودع ثم حضر الغائب له أن يشاركه في المأخوذ بالإجماع، فثبت أن القسمة ليست بنافذة، ولا وجه إلى الأول؛ لأن المودع يصير دافعًا مال الغير بغير إذنه، وأنه لا يجوز وبأن كان للحاضر أن يأخذ نصيبه لا يكون للمودع أن يدفع حصته، ألا ترى أن رب الدين إذا طلب من مودع المديون دينه من الوديعة لا يؤمر المودع بذلك، وإن كان رب الدين أن يأخذه إذا ظفر به.

قوله: (**لأن الديون تُقضى بأمثالها**) لا بأعيانها، فدفعه نصيب الحاضر تصرف في ملك نفسه، وليس فيه قسمة على الغائب، أما المودع يدفع مال الغير، ألا ترى إذا غاب واحد وله عند آخر دين ووديعة، فجاء رجل وادعى الوكالة منه بقبض الدين والوديعة فصدقه أُمِرَ بتسليم الدين دون الوديعة.

قوله: (**فلغريمه**)، أي: لرب الدين (**أن يأخذه إذا ظفر به**)، والأصل فيه حديث هند أنه عليه الصلاة والسلام قال لها: «**خُذِي مِنْ مالِ أَبِي سُفيانَ ما يَكْفِيكِ**»(١) الحديث، وقيل: في تأويل قوله: لصاحب الحق يد ولسان، أن المراد أخذ حقه إذا ظفر به.

قوله: (**مما لا يقسم**)، كالعبد، والثوب، والحيوان، وكل ما يهلك أو

---

(١) أخرجه البخاري (٧/ ٦٥ رقم ٥٣٦٤)، ومسلم (٣/ ١٣٣٨ رقم ١٧١٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

جَازَ أَنْ يَحْفَظَ أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ الآخَرِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَلِكَ الجَوَابُ عِنْدَهُ فِي المُرْتَهِنَيْنِ وَالوَكِيلَيْنِ بِالشِّرَاءِ إِذَا سَلَّمَ أَحَدُهُمَا إِلَى الآخَرِ. وَقَالَا: لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَحْفَظَ بِإِذْنِ الآخَرِ فِي الوَجْهَيْنِ(*). لَهُمَا: أَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا فَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَنْ يُسَلِّمَ إِلَى الآخَرِ وَلَا يَضْمَنُهُ كَمَا فِيمَا لَا يُقْسَمُ. وَلَهُ: أَنَّهُ رَضِيَ بِحِفْظِهِمَا وَلَمْ يَرْضَ بِحِفْظِ أَحَدِهِمَا كُلِّهِ، لِأَنَّ الفِعْلَ مَتَى أُضِيفَ إِلَى مَا يَقْبَلُ الوَصْفَ بِالتَّجَزِّي تَنَاوَلَ البَعْضَ دُونَ الكُلِّ، فَوَقَعَ التَّسْلِيمُ إِلَى الآخَرِ مِن غَيْرِ رِضَا المَالِكِ، فَيَضْمَنُ الدَّافِعُ، وَلَا يَضْمَنُ القَابِضُ، لِأَنَّ مُودِعَ المُودَعَ عِنْدَهُ لَا يَضْمَنُ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا لَا يُقْسَمُ، لِأَنَّهُ لَمَّا أَوْدَعَهُمَا وَلَا يُمْكِنُهُمَا الِاجْتِمَاعُ عَلَيْهِ آنَاءَ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ وَأَمْكَنَهُمَا المُهَايَأَةُ كَانَ المَالِكُ رَاضِيًا بِدَفْعِ الكُلِّ إِلَى أَحَدِهِمَا فِي بَعْضِ الأَحْوَالِ.

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ صَاحِبُ الوَدِيعَةِ لِلْمُودَعِ: لَا تُسَلِّمُهُ إِلَى زَوْجَتِك، فَسَلَّمَهَا إِلَيْهَا، لَا يَضْمَنُ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا نَهَاهُ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَى أَحَدٍ مِن عِيَالِهِ فَدَفَعَهَا إِلَى مَنْ لَا بُدَّ لَهُ مِنهُ: لَا يَضْمَنُ) كَمَا إِذَا كَانَتْ الوَدِيعَةُ دَابَّةً فَنَهَاهُ عَنْ الدَّفْعِ إِلَى

يتعيب بالتقسيم الحسي، ثم فيما يقسم لو أبيا القسمة وأودعاه عند رجل فهلك ضمناه؛ لِتَرْكِهِما ما التزماه من الحفظ، وكذلك الجواب في المرتهنين، وكذا في المُستَبضِعَينِ، والوَصِيَّيْنِ، والعَدْلَيْنِ في الرهن إذا أسلم أحدهما إلى الآخر ما يمكن قسمته ضمن عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يضمن، ذكره في المبسوط(١).

(أنه)، أي: المالك رضي بأمانتهما، فهذا الذي دفعه إليه كان المالك راضيًا بثبوت يده عليه وحفظه له، كما فيما يحتمل القسمة.

(وله)، أي: لأبي حنيفة **(أنه)** أي المالك رضي **(بحفظهما)** إلى آخره، وفي المبسوط: قول أبي حنيفة أقيس؛ لأن رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضًا بأمانة أحدهما، فإذا كان الحفظ يتأتى منهما لا يكون راضيًا بحفظ أحدهما للكل وحده(٢).

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ١٢٥).

(٢) المبسوط للسرخسي (١١/ ١٢٥).

غُلَامِهِ، وَكَمَا إِذَا كَانَتْ شَيْئًا يُحْفَظُ فِي يَدِ النِّسَاءِ فَنَهَاهُ عَنْ الدَّفْعِ إِلَى امْرَأَتِهِ وَهُوَ مَحْمَلُ الأَوَّلِ، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إِقَامَةُ العَمَلِ مَعَ مُرَاعَاةِ هَذَا الشَّرْطِ، وَإِنْ كَانَ مُفِيدًا فَيَلْغُو (وَإِنْ كَانَ لَهُ مِنهُ بُدٌّ ضَمِنَ) لِأَنَّ الشَّرْطَ مُفِيدٌ، لِأَنَّ مِن العِيَالِ مَنْ لَا يُؤْتَمَنُ عَلَى المَالِ، وَقَدْ أَمْكَنَ العَمَلُ بِهِ مَعَ مُرَاعَاةِ هَذَا الشَّرْطِ فَاعْتُبِرَ (وَإِنْ قَالَ: احْفَظْهَا فِي هَذَا البَيْتِ فَحَفِظَهَا فِي بَيْتٍ آخَرَ مِن الدَّارِ: لَمْ يَضْمَنْ) لِأَنَّ الشَّرْطَ غَيْرُ مُفِيدٍ، فَإِنَّ البَيْتَيْنِ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ لَا يَتَفَاوَتَانِ فِي الحِرْزِ (وَإِنْ حَفِظَهَا فِي دَارٍ أُخْرَى ضَمِنَ)

قوله: (وهو مَحْمَل للأول)، أي: المذكور في الجامع الصغير محْمَل لرواية القدوري التي ذكرها مطلقًا بأنه لا يضمن، حتى إذا كان له منه بُدٌّ بأن كانت الوديعة شيئًا حقيقيًّا يمكنه استصحابه بنفسه كالخاتم ونحوه فدفعه إلى عياله ضمن.

وفي المعنى: لو قال لا تدفعها لامرأتك فإني أتهمها، أو إلى عبدك، أو إلى ابنك وما أشبه ذلك، فدفعها إليه، فإن كان لا يجد بدًّا من الدفع إليه بأن لم يكن له عيال غيره لم يضمن، أو كان ولكن لا يثق إليه لأنه لا يمكن الحفظ دونه، وصار النهي عن الدفع إليه كالنهي عن الحفظ فصار مناقضًا لأصله فيبطل، ولو كان يجد بدًّا فهو ضامن.

قوله: (في بيت آخر من الدار)، وقال الشافعي[(١)]، وأحمد[(٢)]، ومالك[(٣)]: إن نقلها إلى مثل الأول لم يضمن، وإن نقلها إلى بيت دونه يضمن؛ لأنه خالف أمر صاحبها كما في الدارين.

قلنا: إن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز غالبًا حتى لو تفاوتا يضمن، أما لو نهاه عن الحفظ في غير هذا البيت فعندهم يضمن في الحفظ في بيت آخر سواء كان مثله أو دونه لمخالفته أمر صاحبها، وعندنا في الأمر والنهي لا يضمن إذا لم يتفاوت البيتان.

---

(١) انظر: الوسيط للغزالي (٤/ ٥٠٣)، والعزيز للرافعي (٧/ ٣١١).
(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٤٤١)، والشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة (٧/ ٢٨٧).
(٣) انظر: الذخيرة للقرافي (١٢/ ٢٥٩).

لِأَنَّ الدَّارَيْنِ يَتَفَاوَتَانِ فِي الحِرْزِ، فَكَانَ مُفِيدًا، فَيَصِحُّ التَّقْيِيدُ، وَلَوْ كَانَ التَّفَاوُتُ بَيْنَ البَيْتَيْنِ ظَاهِرًا بِأَنْ كَانَتْ الدَّارُ الَّتِي فِيهَا البَيْتَانِ عَظِيمَةً، وَالبَيْتُ الَّذِي نَهَاهُ عَنْ الحِفْظِ فِيهِ عَوْرَةً ظَاهِرَةً: صَحَّ الشَّرْطُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا وَدِيعَةً، فَأَوْدَعَهَا آخَرَ فَهَلَكَتْ، فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الأَوَّلَ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الثَّانِيَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ أَيَّهمَا شَاءَ(*)، فإن ضمَّنَ الأولَ لا يَرجعُ على الآخرِ، فَإِنْ ضَمَّنَ الآخَرَ رَجَعَ عَلَى الأَوَّلِ)

قوله: (فله أن يُضَمِّنَ الأول)، فإن المودع بالوديعة إلى غيره يضمن بغير خلاف عند أكثر الفقهاء، وعند ابن أبي ليلى لا يضمن؛ لأن عليه حفظها كحفظ مال نفسه ومال نفسه يحفظه بالإيداع إلى غيره فكذلك وللأكثر أنه خالف بالإيداع إلى غيره؛ لأن المالك رضي بحفظه لا بحفظ غيره؛ إذ الأيدي مختلفة. ثم عند أبي حنيفة وأحمد في ظاهر مذهبه يضمن المودع الأول لا الآخر، وعندهما يضمن أيهما شاء، وبه قال الشافعي، ومالك، [٢/ ٢٩٤/ أ] وأحمد في وجه.

وفي الذخيرة: إنما يضمن المودع الأول بالإيداع إذا هلكت الوديعة بعد أن يفارق الأول الثاني، أما لو هلكت قبل المفارقة لا ضمان على أحد بلا خلاف؛ لأن الضمان لا يجب بمجرد الدفع إليه، وإنما يضمن بالتضييع بترك الحفظ الملتزم وذلك بالمفارقة.

قوله: (رجع على الأول)، لأنه مغرور من جهته فإنه أودعه على أنه ملكه، وأنه لا يلحقه ضمان بالهلاك في يده، فإذا لحقه الضمان رجع عليه، كذا في المبسوط(١).

وهذا التعليل يؤيد ما ذكر التمرتاشي ناقلًا عن أبي اليسر في مودع الغاصب: إن علم أن المودع غاصب لم يرجع عليه، وإن لم يعلم [أنه](٢) غاصب رجع عليه لأنه مغرور، أما إذا علم أنه غصب في يده فيه شبهة اختلاف الرواية.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ١٣٢).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لَهُمَا: أَنَّهُ قَبَضَ المَالَ مِن يَدِ ضَمِينٍ، فَيُضَمِّنُهُ كَمُودَعِ الغَاصِبِ، وَهَذَا لِأَنَّ المَالِكَ لَمْ يَرْضَ بِأَمَانَةِ غَيْرِهِ، فَيَكُونُ الأَوَّلُ مُتَعَدِّيًا بِالتَّسْلِيمِ، وَالثَّانِي بِالقَبْضِ، فَيُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا، غَيْرَ أَنَّهُ إِنْ ضَمَّنَ الأَوَّلَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الثَّانِي، لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ أَوْدَعَ مِلْكَ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمَّنَ الثَّانِيَ، رَجَعَ عَلَى الأَوَّلِ، لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا لَحِقَهُ مِن العُهْدَةِ، وَلَهُ: أَنَّهُ قَبَضَ المَالَ مِن يَدِ أَمِينٍ، لِأَنَّهُ بِالدَّفْعِ لَا يَضْمَنُ مَا لَمْ يُفَارِقْهُ لِحُضُورِ رَأْيِهِ فَلَا تَعَدِّيَ مِنهُمَا، فَإِذَا فَارَقَهُ فَقَدْ تَرَكَ الحِفْظَ المُلْتَزَمَ فَيَضْمَنُهُ بِذَلِكَ، وَأَمَّا الثَّانِي: فَمُسْتَمِرٌّ عَلَى الحَالَةِ الأُولَى، وَلَمْ يُوجَدْ مِنهُ صُنْعٌ فَلَا يَضْمَنُهُ، كَالرِّيحِ إِذَا أَلْقَتْ فِي حِجْرِهِ ثَوْبَ غَيْرِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ أَلْفٌ، فَادَّعَاهُ رَجُلَانِ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَنَّهَا لَهُ، أَوْدَعَهَا إِيَّاهُ وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ لَهُمَا: فَالأَلْفُ بَيْنَهُمَا وَعَلَيْهِ أَلْفٌ أُخْرَى بَيْنَهُمَا) وَشَرْحُ

قوله: (فَمُسْتَمِرٌّ على الحالة الأولى)، لأنه لم يفوت الحفظ الملتزم، ولم يوجد منه صنع يجب به الضمان بعده فلا يضمن، فصار هذا في حقه كثوب هبت به الريح وألقته [في][1] حجره، فإذا هلكت من غَيْرِ صُنْعِهِ لم يضمن، بخلاف مودع الغاصب؛ لأن الأول بِمُجَرَّدِ الدفع مُتعدٍّ، والثاني بالأخذ، وهاهنا إن لم يضمن الأول يتركه عند الثاني، ذكره قاضي خان[2].

فإن قيل: الأول إنما يصير مُضَيّعًا بالمفارقة؛ لأن الثاني لا يصلح أمينًا وحافظًا وإلا لا يضمن، كما لو أودعه عند عياله وفارقه، فإذا ضمن الأول بالترك عند الثاني كان من ضرورته أن يضمن الثاني.

قلنا: رب المال لو قال: أذنت لك أن تدفعه إلى فلان لكن بشرط أن لا تفارقه، ففارَقَهُ ضَمِنَ الأول دون الثاني، وهذا تقدير مسألتنا فصار الثاني مودَعًا منفردًا في حق نفسه؛ لأنه لما لم يصر نفس الإيداع خيانة بل صار داخلًا في ولايته حال حضرته، وجعلت الوديعة في يد الثاني أمانة فلا يضمن بالإمساك، كذا في الكافي.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) انظر: فتاوى قاضي خان (٣/ ٢٢٩).

ذَلِكَ: أَنَّ دَعْوَى كُلِّ وَاحِدٍ صَحِيحَةٌ لِاحْتِمَالِهَا الصِّدْقَ، فَيَسْتَحِقُّ الحَلِفَ عَلَى المُنْكِرِ بِالحَدِيثِ وَيَحْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا عَلَى الِانْفِرَادِ لِتَغَايُرِ الحَقَّيْنِ، وَبِأَيِّهِمَا بَدَأَ القَاضِي جَازَ لِتَعَذُّرِ الجَمْعِ بَيْنَهُمَا وَعَدَمِ الأَوْلَوِيَّةِ.

وَلَوْ تَشَاحَّا: أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا تَطْيِيبًا لِقَلْبِهِمَا وَنَفْيًا لِتُهْمَةِ المَيْلِ، ثُمَّ إِنْ حَلَفَ: لِأَحَدِهِمَا يَحْلِفُ لِلثَّانِي، فَإِنْ حَلَفَ فَلَا شَيْءَ لَهُمَا لِعَدَمِ الحُجَّةِ، وَإِنْ نَكَلَ: أَعْنِي لِلثَّانِي: يَقْضِي لَهُ لِوُجُودِ الحُجَّةِ، وَإِنْ نَكَلَ لِلْأَوَّلِ: يَحْلِفُ لِلثَّانِي، وَلَا يَقْضِي بِالنُّكُولِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ لِأَحَدِهِمَا، لِأَنَّ الإِقْرَارَ حُجَّةٌ مُوجِبَةٌ بِنَفْسِهِ فَيَقْضِي بِهِ، أَمَّا النُّكُولُ إِنَّمَا يَصِيرُ حُجَّةً عِنْدَ القَضَاءِ، فَجَازَ أَنْ يُؤَخِّرَهُ لِيَحْلِفَ لِلثَّانِي فَيَنْكَشِفَ وَجْهُ القَضَاءِ، وَلَوْ نَكَلَ لِلثَّانِي أَيْضًا، يَقْضِي بِهَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الحُجَّةِ، كَمَا إِذَا أَقَامَا البَيِّنَةَ، وَيَغْرَمُ أَلْفًا أُخْرَى بَيْنَهُمَا، لِأَنَّهُ

قوله: (**لِتَغايُرِ الحَقَّين**) إذ كل واحد منهما يدعي ألفًا، (**وإن نكل أعني الثاني**) بعدما حلف الأول.

قوله: (**ولا يقضي بالنكول**)؛ لأن من حجة الأول أن يقول: لو بدأت بي بالاستحلاف كان ينكل أيضًا، قاله قاضي خان.

(**أي كان للثاني أن يقول**) على تقدير الحلف للثاني: لي نصيب في تلك الألف التي نكل فيها لك؛ لأنه إنما نكل لك لأنك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما.

قوله: (**إنما يصير**) أي: النكول حجة عند القضاء، فلهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شيء، فينكشف وجه القضاء بأن يقضي بالألف لهما أو لأحدهما؛ لأنه لو حلف للثاني لا شيء له، والألف كله للثاني، ولو نكل للثاني أيضًا كان الألف بينهما، فلهذا يتوقف في القضاء حتى يظهر وجهه.

وهذا بخلاف الإقرار لأحدهما فإنه يقضي بالألف للمُقَرِّ له؛ لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه ولا يتوقف على القضاء.

(**لأنه**) أي: المودَع المنكر أوجب الحق لهما ببذله لأن النكول بذل عند أبي حنيفة.

أَوْجَبَ الحَقَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا بِبَذْلِهِ، أَوْ بِإِقْرَارِهِ، وَذَلِكَ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ، وَبِالصَّرْفِ إِلَيْهِمَا صَارَ قَاضِيًا نِصْفَ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ بِنِصْفِ حَقِّ الآخَرِ فَيَغْرَمُهُ، فَلَوْ قَضَى القَاضِي لِلْأَوَّلِ حِينَ نَكَلَ: ذَكَرَ الإِمَامُ عَلِيٌّ البَزْدَوِيُّ فِي شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ: أَنَّهُ يَحْلِفُ لِلثَّانِي، وَإِذَا نَكَلَ يَقْضِي بِهَا بَيْنَهُمَا، لِأَنَّ القَضَاءَ لِلْأَوَّلِ لَا يُبْطِلُ حَقَّ الثَّانِي، لِأَنَّهُ يُقَدِّمُهُ إِمَّا بِنَفْسِهِ، أَوْ بِالقُرْعَةِ، وَكُلُّ ذَلِكَ لَا يُبْطِلُ حَقَّ الثَّانِي.

وَذَكَرَ الخَصَّافُ: أَنَّهُ يَنْفُذُ قَضَاؤُهُ لِلْأَوَّلِ، وَوَضَعَ المَسْأَلَةَ فِي العَبْدِ، وَإِنَّمَا نَفَذَ لِمُصَادَفَتِهِ مَحَلَّ الاجْتِهَادِ، لِأَنَّ مِن العُلَمَاءِ مَنْ قَالَ: يَقْضِي لِلْأَوَّلِ وَلَا يَنْتَظِرُ، لِكَوْنِهِ إِقْرَارَ دَلَالَةٍ، ثُمَّ لَا يَحْلِفُ لِلثَّانِي مَا هَذَا العَبْدُ لِي، لِأَنَّ نُكُولَهُ لَا يُفِيدُ بَعْدَمَا صَارَ لِلْأَوَّلِ، وَهَلْ يُحَلِّفُهُ بِاللَّهِ مَا لِهَذَا عَلَيْك هَذَا العَبْدُ وَلَا قِيمَتُهُ وَهُوَ كَذَا وَكَذَا وَلَا أَقَلَّ مِنهُ. قَالَ: يَنْبَغِي أَنْ يُحَلِّفَهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ المُودَعَ إِذَا أَقَرَّ الوَدِيعَةِ وَدَفَعَ بِالقَضَاءِ إِلَى غَيْرِهِ: يَضْمَنُهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، خِلَافًا لَهُ، وَهَذِهِ فُرَيْعَةُ

(**أو بإقراره**)، أي: عندهما؛ لأن النكول إقرار عندهما.

(**وذلك**) أي: الإقرار أو البدل (**حجة في حقه**) أي: في حق المودَع المنكر، فلو قضى للأول حين نكل مع أنه ليس له ذلك، قال علي البزدوي في جامعه، لا ينفذ قضاؤه حتى لو حلف للثاني بعده فَنَكَلَ يكون الألف بينهما ويغرم ألفًا أخرى بينهما؛ لأن تقديم اليمين لأحدهما إما باختيار القاضي، أو بالقرعة لتعذر الجمع بينهما.

(**وكل ذلك**) أي: من اختيار القاضي، والقرعة لا تبطل حق الثاني.

(**ولا ينتظر**) أي: القضاء، (**لكونه**) أي: لكون النكول، (**ثم لا يحلف للثاني**)، أي: لمدعي الثاني: ما هذا العبد لي، يعني لا يحلفه بالاقتصار على لفظ العبد لي، بل يضم إليه: (**ولا قيمة**)؛ لأنه لما أقر به للأول وثبت به حق الأول فلا يفيد إقراره به للثاني؛ لأنه لا يمكنه دفعه إلى الثاني بعد ذلك.

(**قال**) أي: الخصاف: (**وينبغي أن يحلفه إذا أقر بالوديعة**) أي: لإنسان، ثم قال: أخطأت، ثم قال: بل هي لهذا، كان عليه أن يدفعها إلى الأول؛ لأن

....

إقراره صحيح ورجوعه باطل، ويضمن للآخر قيمتها؛ لأنه أقر بها له وأنه صار مستهلكًا على الثاني لإقراره بها للأول فيكون ضامنًا له قيمتها، هذا إذا دفعها للأول بغير قضاء.

وكذا لو دفعها بالقضاء يضمن عند محمد، وعند أبي يوسف لا يضمن.

وجه قول محمد: أنه أقر بالتزام الحفظ، فمتى أقر به لإنسان فقد سلطه على الأخذ فصار تاركًا للحفظ الواجب عليه بالعقد فيضمن، [٢/ ٢٩٤/ب] كما لو دل سارقًا على السرقة.

ولأبي يوسف أن بمجرد الإقرار لم يفت على الثاني شيء، وإنما الفوات بالدفع بإكراه القاضي فلا يكون موجبًا للضمان عليه، إليه أشار في المبسوط[١].

ووجه البناء على هذه المسألة أن الإقرار بالوديعة للثاني بعدما استحقه الأول لما كان مفيدًا للضمان عند محمد للثاني فينبغي أن يحلفه الثاني؛ لأن فائدة الحلف النكول وهو إقرار، والإقرار للثاني مفيد للضمان له.

وعند أبي يوسف لا يحلف؛ لأنه لا يضمن بالإقرار عنده، فكذا بالنكول فلا فائدة في التحليف، ولو قال المودَع: أودعنيها أحدُكما ولا أدري أيُّكما هو، فالمدعيان إذا اصطلحا على أخذها فلهما ذلك، والألف بينهما، وليس للمودَع الامتناع عن تسليم الألف إليهما، وإن لم يصطلحا ويدعي كُلٌّ عِلمَهُ فإنه يحلف لكل واحد.

وقال الشافعي، وأحمد: تكفي يمين واحدة؛ لأن الذي يدعى عليه أمر واحد وهو العلم بعين المالك فكفاه يمين واحدة، كما لو ادَّعياها فأقر لأحدهما بها.

وقلنا: لما ادّعى كل واحد أنها له وهي تعرف فكان كل واحد مُدَّعىً عليه الحفظ وهو ينكر، ثم إن حلف لهما قطع دعواهما في قول أبي يوسف، وفي قول محمد لهما أن يصطلحا بعد الاستحلاف على أخذ الألف بينهما، وبه قال

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ١٦).

تِلْكَ المَسْأَلَةِ وَقَدْ وَقَعَ فِيهِ بَعْضُ الإِطْنَابِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

الشافعي في وجه، وابن أبي ليلى وعند محمد يقرع بينهما، وقال الشافعي: يقسم بينهما في قول آخر.

ولو نكل قضى بألف بينهما وضُمِّنَ ألفٌ أخرى بينهما، وعند أحمد، والشافعي: لا يُضَمَّنُ ألف أخرى، بل يقرع بينهما عند أحمد، ويصطلحا عند الشافعي.

وإن حلف لأحدهما ونكل للآخر قضى بألف للذي نكل، ولا شيء للذي حلف، وكذا لو قال: عليَّ ألف لهذا أو هذا، وكل واحد يدعيها فهو على هذه الوجوه الأربعة، هذا وأمثاله كثيرة ذكره التمرتاشي في جامعه، وجاز أن يكون مراد صاحب الكتاب بقوله: **(وقد كان فيه بعض الإطناب)** ذلك.

كِتَابُ الْعَارِيَّةِ

لما فرغ من بيان الوديعة شرع في العارية لأن فيها أمانة بتمليك المنفعة فيكون ترقيًا من الأدنى إلى الأعلى.

ثم محاسن العارية كثيرة، منها: إجابة مضطر في إزالة اضطراره فكان فيه نيابة عن الله تعالى، وفيه شرف عظيم إذ العارية لا تكون إلا عند محتاج كالقرض، ولهذا زيد ثواب القرض على الصدقة؛ إذ الصدقة قد تصادف غير محتاج، ولهذا ذمَّ الله تعالى أقوامًا لا يُعِيرون، قال تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ [الماعون:٧]، والماعون ما هو عون لأخيه في حوائجه نحو الفأس، والقِدر، والميزان، والدلو.

ثم العارِيَّة لغةً، بالتشديد: كأنها منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار وعيب، والعارَةُ مثل العارِيَّة، كذا في الصحاح[1].

وفي المغرب: العارِيَّة، بالتشديد: فَعَلِيَّةُ منسوبة إلى العارَة اسم من الإعارة، وأخذها من العار العيب أو العري خطأ[2].

وما ذكر في المُغرِب هو المُعوَّلُ عليه؛ لأنه عليه الصلاة والسلام باشر الاستعارة، فلو كان في طلبها عار لما باشرها، وفي الغريب: وقد تخفف العارية.

وفي المبسوط: قيل العارية مشتقة من التعاور وهو التناوب، فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء، ولهذا

(١) الصحاح تاج اللغة للجوهري (٢/ ٧٦١).

(٢) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٣٣١).

قَالَ: (العَارِيَّةُ جَائِزَةٌ)؛ لِأَنَّهَا نَوْعُ إِحْسَانٍ وَقَدْ «اسْتَعَارَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ دُرُوعًا مِن صَفْوَانَ» (وَهِيَ: تُمْلِيك المَنَافِعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ) وَكَانَ الكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: هُوَ إِبَاحَةُ الِانْتِفَاعِ بِمِلْكِ الغَيْرِ، لِأَنَّهَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظَةِ الإِبَاحَةِ، ....

كانت الإعارة في المكيل والموزون قرضًا؛ لأنه لا ينتفع بها إلا باستهلاك العين فلا تعود النوبة إليه في ملك العين لتكون عارية حقيقة، وإنما تعود النوبة إليه في مثلها[1].

وتفسيرها شرعًا على ما قال في الكتاب: هي تمليك المنافع بغير عوض عند أكثر العلماء، وعند الكرخي: إباحة الانتفاع، وبه قال الشافعي[2]، وأحمد[3].

وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ ولما كان المنع مذمومًا كان الإعطاء محمودًا.

والسنة: فإنه عليه الصلاة والسلام استعار دروعًا من صفوان بن أمية يوم حنين فقال: أغصبًا يا رسول الله؟ فقال: «**بَل عاريةٌ مضمونةٌ**»، رواه أبو داود[4]، وقال عليه الصلاة والسلام في خطبته عام حجة الوداع: «**العاريةُ مؤدّاةٌ، والمِنحةُ مَردودةٌ، والدَّينُ مَقْضِيٌّ، والزّعيمُ غارِمٌ**»، أخرجه الترمذي وقال: حديث حسن غريب[5].

واجتمعت الأمة على جوازها، ولكن الخلاف في كونها مستحبة أو واجبة، فقال أكثر [٢/ ٢٩٥/أ] أهل العلم: الإعارة مستحبة، وقال بعض العلماء: واجبة.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ١٣٣).
(٢) انظر: البيان للعمراني (٦/ ٥٠٥).
(٣) انظر: الشرح الكبير على متن المقنع (٥/ ٣٥٤).
(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦٢)، وأحمد (٣/ ٤٠٠ رقم ١٥٣٧٦)، وابن حبان (١١/ ٢٢ رقم ٤٧٢٠) والحاكم (٢/ ٥٤ رقم ٢٣٠٠) من حديث أمية بن صفوان بن أمية رضي الله عنه.
وصححه الحاكم.
(٥) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦٥)، والترمذي (٢/ ٥٦ رقم ١٢٦٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٤ رقم ٢٤٠٥) من حديث أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه.
قال الترمذي: حديث أبي أمامة حديث حسن.

وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهَا ضَرْبُ المُدَّةِ، وَمَعَ الجَهَالَةِ لَا يَصِحُّ التَّمْلِيكُ، وَلِذَلِكَ يَعْمَلُ فِيهَا النَّهْيُ، وَلَا يَمْلِكُ الإِجَارَةَ مِن غَيْرِهِ، وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّهُ يُنْبِئُ عَنْ التَّمْلِيكِ، فَإِنَّ العَارِيَّةَ مِن العَرِيَّةِ وَهِيَ العَطِيَّةِ، وَلِهَذَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ التَّمْلِيكِ، وَالمَنَافِعُ قَابِلَةٌ لِلْمِلْكِ كَالأَعْيَانِ. وَالتَّمْلِيكُ نَوْعَانِ: بِعِوَضٍ، وَبِغَيْرِ عِوَضٍ. ثُمَّ الأَعْيَانُ تَقْبَلُ النَّوْعَيْنِ، فَكَذَا المَنَافِعُ، وَالجَامِعُ دَفْعُ الحَاجَةِ، وَلَفْظَةُ الإِبَاحَةِ اسْتُعِيرَتْ لِلتَّمْلِيكِ، كَمَا فِي الإِجَارَةِ، فَإِنَّهَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظَةِ الإِبَاحَةِ، وَهِيَ تَمْلِيكٌ.

قوله: (**ولا يشترط فيه**)، أي: **في** عقد العارية (**ضرب المدة**)، أي: إعلام مقدار المنفعة ببيان المدة، والمنافع لا تصير معلومة إلا بذكر المدة، (**ومع الجهالة**) أي: مع جهالة المدة (**لا يصح التمليك**)، إذ تمليك المجهول لا يصح كما في الإجارة، ولا يمنعه صحة الإباحة.

قوله: (**وكذلك يعمل فيه النهي**)، أي: يبطل عقد الإجارة بالنهي، ولو كان تمليكًا لما بطل بالنهي؛ كالهبة، والإجارة، ولا يملك المستعير الإجارة من غيره، ومن ملك شيئًا بغير عِوض يملك تمليكه من غيره بعِوض وبغير عِوض؛ كالموهوب له، ولأن الأصل في المنافع أن لا يرد العقد عليها لأنها كما توجد تتلاشى، إلا أنه في الإجارة ضرورة، ولا ضرورة هاهنا إلى قلب الحقيقة.

قوله: (**إنه**) أي: عقد الإعارة ينبئ عن التمليك؛ لأن العارية مشتقة من العرية، وهي العطية في الثمار بالتمليك من غير عِوض.

قوله: (**ولهذا تنعقد بلفظ التمليك**)، بأن يقول: ملكتك منافع هذه الدار شهرًا، أو: جعلت لك سكنى داري هذه شهرًا، ذكره في المبسوط[١].

قوله: (**والمنافع قابلة للملك كالأعيان**) جواب عما قال الخصم أن الأصل أن لا يرد العقد على المنفعة إلى آخره كالأعيان فإن تمليك الأعيان يجوز بعوض وبغير عوض، فكذا في المنافع.

قوله: (**ولفظ الإباحة استعيرت للتمليك**) إلى آخره جواب عن قول الخصم أنه ينعقد بلفظة الإباحة، قال: (**استعيرت للتمليك كما في الإجارة فإنها تنعقد بلفظة الإباحة**)، مع أنها تمليك المنفعة، وإنما صحت مع جهالة المدة لأن هذه

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ١٣٣).

وَالجَهَالَةُ لَا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ؛ لِعَدَمِ اللُّزُومِ فَلَا تَكُونُ ضَائِرَةً. وَلِأَنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ بِالقَبْضِ وَهُوَ الِانْتِفَاعُ. وَعِنْدَ ذَلِكَ لَا جَهَالَةَ، وَالنَّهْيُ مَنْعٌ عَنْ التَّحْصِيلِ، فَلَا يَتَحَصَّلُ المَنَافِعَ عَلَى مِلْكِهِ. وَلَا يَمْلِكُ الإِجَارَةَ لِدَفْعِ زِيَادَةِ الضَّرَرِ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ: (وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ: أَعَرْتُــك)؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ (وَأَطْعَمْتُك هَذِهِ الأَرْضَ)؛ لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ (وَمَنَحْتُك هَذَا الثَّوْبَ، وَحَمَلْتُك عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا لَمْ

الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لانعدام اللزوم؛ إذ للمعير أن يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة.

(فلا تكون)، أي: الجهالة، (ضائرة)، أي: مفضية الى المنازعة.

(ولأن الملك)، أي: ملك المنفعة يثبت بقبضها وهو الانتفاع، وعند القبض معلوم، فالجهالة قبله لا تفضي إلى المنازعة، ولهذا لو علمت المنفعة بالتسمية في الإجارة لا يشترط فيها ضرب المدة كما في الصبغ، والخياطة.

وقوله: (والنهي منع عن التحصيل)، جواب عن قول الخصم: ولهذا يعمل فيه النهي، فقال: النهي منع عن التمليك فلا يحصل المنافع على ملكه لكونه دليل الرجوع والاسترداد، لا إبطال الملك بعد ثبوته.

وقوله: (ولا يملك الإجارة)، جواب عن قوله: لا يملك الإجارة من غيره، يعني إنما لا يملك الإجارة لما فيه من إلحاق الضرر بالمعير فإنه ملكها على تمكن من الاسترداد متى شاء، فلو صحت الإجارة منه لم يتمكن من الاسترداد؛ لأنها لازمة حينئذ لكونها بتسليط الغير، وهو نظير ما لو استأجر دابةً أو ثوبًا ليس له أن يؤجر من غيره لئلا يتضرر المؤجر.

قوله: (لأنه مستعمل فيه)، أي: في تمليك المنفعة؛ لأن الطعام إذا أضيف إلى ما يُطْعَمُ عينُهُ يراد به تمليك عينه، وإن أضيف إلى ما لا يُطعَمُ عَينُهُ كالأرض يراد به أكْلُ غَلَّتِها، إطلاقًا لاسم المحل على الحال.

قوله: (ومنحتك هذا الثوب)، أي: أعطيتك المنحة، والمنيحة: الناقة، أو الشاة الممنوحة، من المنح وهو: أن يعطي الرجلُ آخرَ ناقتَهُ لِيشرَبَ لبنَها، ثم يردها إذا ذهب لَبَنُها ثم كثر، حتى قيل في كل شيء[1] أعطى شيئًا: مَنَحَ.

---

(١) كذا في الأصول.

يُرِدْ بِهِ الهِبَةَ)؛ لِأَنَّهُمَا لِتَمْلِيكِ العَيْنِ، وَعِنْدَ عَدَمِ إِرَادَتِهِ الهِبَةَ تُحْمَلُ عَلَى تَمْلِيكِ المَنَافِعِ تَجَوُّزًا. قَالَ: (وَأَخْدَمْتُك هَذَا العَبْدَ)؛ لِأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي اسْتِخْدَامِهِ (وَدَارِي لَك سُكْنَى)؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ سُكْنَاهَا لَك (وَدَارِي لَك عُمْرَى سُكْنَى)؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ سُكْنَاهَا لَهُ مُدَّةَ عُمْرِهِ. وَجَعَلَ قَوْلُهُ: «سُكْنَى» تَفْسِيرًا لِقَوْلِهِ: لَك؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ تَمْلِيكَ المَنَافِعِ فَحُمِلَ عَلَيْهِ بِدَلَالَةِ آخِرِهِ.

قَالَ: (وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِي العَارِيَّةِ مَتَى شَاءَ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ:

وفي الكافي: وقوله في الهداية: ومنحتك هذا، وحملتك على هذه الدابة، إذا لم يُرِدْ به الهبة لأنهما لتمليك العين، إلى قوله: تَجَوُّزًا، أي مجازًا، مشكل من وجوه، **أحدها**: أنه قال: إذا لم يُرِدْ به الهبة، وكان ينبغي أن يقول: إذا لم يُرِدْ بِهِما الهبة، بدليل التعليل.

وأجيب عنه بأن الضمير يرجع إلى المذكور.

وثانيها: أنه جعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين، ومجاز التمليك المنفعة، ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان ألفاظها: وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحملان الهبة، وعلّل بأن الحَمْلَ هو الإركاب حقيقة فتكون عارية، لكنه يحتمل الهبة، وهذا تناقض.

وثالثها: أنهما لما كانا لتمليك العين حقيقة فثبتت حقيقة اللفظ بلا نية، فعند عدم إرادة الهبة لا تحمل على تمليك المنفعة، بل على الهبة.

قيل في جوابه: نعم، إن لفظ حملتك يدل على الإركاب لغةً، ولكن يدل على التمليك عرفًا، يقال: حمل الأمير فلانًا، ويراد به التمليك، ويستعمل للعارية أيضًا، قال [٢/ ٢٩٥/ب] تعالى: ﴿إِذَا مَآ أَتَوْكَ لِتَحْمِلَهُمْ﴾ [التوبة: ٩٢]، أي: لِتُرْكِبَهُمْ، فإذا نوى العارية أو الهبة كان كما نوى، وإن لم ينو شيئًا كان عارية؛ لأنها المتيقن بها.

ومعنى قول الشيخ: يجوز، أي: يجوز استعمالها فيه مجازًا لغويًا، وإن كان حقيقة عرفية، فحينئذ لا يرد السؤال.

قوله: (وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء)، وهذا في العارية المطلقة

«المِنحَةُ مَرْدُودَةٌ وَالعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ» وَلِأَنَّ المَنَافِعَ تُمْلَكُ شَيْئًا فَشَيْئًا عَلَى حَسَبِ حُدُوثِهَا، فَالتَّمْلِيكُ فِيمَا لَمْ يُوجَدْ لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ القَبْضُ فَيَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنْهُ.

قَالَ: (وَالعَارِيَّةُ أَمَانَةٌ، إنْ هَلَكَتْ مِن غَيْرِ تَعَدٍّ: لَمْ يَضْمَنْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ:

بلا خلاف، وفي المؤقتة خلاف مالك فإن عنده لا يجوز له الرجوع قبل مضي الوقت.

قوله: **(إن هلكت بغير تعدٍّ)**، قيد به لأن هلاكها بتعديه يوجب الضمان بلا خلاف، وضمان الرد على المستعير بلا خلاف، فالعارية إذا هلكت بغير تعدٍّ لا تكون مضمونة عندنا، وبه قال مالك، وهو قول علي، وابن مسعود، والحسن، والنخعي، والشعبي، والثوري، وعمر بن عبد العزيز، وشريح، والأوزاعي، وابن شبرمة، وإبراهيم، وقضى شريح بذلك ثمانين سنة بالكوفة.

وقال الشافعي، وأحمد: مضمونة، وهو قول ابن عباس، وأبي هريرة، وعطاء، وإسحاق.

وقال قتادة، وعبيد الله بن الحسين العنبري: إن شرط ضمانها ضمنت وإلا فلا، وقال ربيعة: كل العواري مضمونة، وبقوله عليه الصلاة والسلام لصفوان: «**بَلْ عارِيةٌ مضمونَةٌ مُؤَدَّاةٌ**»[(١)]، وكتب في عهد بني نجران: وما يَعارُ رُسلي فهلكت فضمانها على رسلي.

وقال عليه الصلاة والسلام: «**علَى اليَدِ ما أخَذَتْ حتّى تَرُدَّ**»[(٢)]، والأخذ يطلق في موضع يأخذه لنفع نفسه، وذا موجود في العارية، ولأنه قبض مال غيره لنفع نفسه لا عن استحقاق تقدم فكان مضمونًا عليه؛ كالمقبوض على سوم الشراء.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦١)، والترمذي (٢/ ٥٥٧ رقم ١٢٦٦)، والنسائي في "الكبرى" (٥/ ٣٣٣ رقم ٥٧٥١)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٢ رقم ٢٤٠٠)، والحاكم (٢/ ٤٧ رقم ٢٣٠٢) من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه.
قال الترمذي: هذا حديث حسن، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري، ولم يخرجاه.

يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ لَا عَنْ اسْتِحْقَاقٍ فَيَضْمَنُهُ، ....

والمستقرض بخلاف المودَع؛ لأنه ما قبضه لنفسه بل لمنفعة المالك وهو الحفظ، ولهذا لا يلزمه مؤنة الرد، وفي المستعير يلزمه، وبخلاف المستأجر؛ لأنه قبضه باستحقاق تقدم على القبض، ولهذا يجبر على تسليم الدار، ولو سلمه لا يملك الاسترداد حتى تمضي المدة.

والموصى له بخدمة العبد فإن العبد لا يصير مضمونًا عليه وإن قبضه لنفسه؛ لأن قبضه مستحق، ولهذا يجبر الورثة على تسليم العبد إليه، ولا يلزم أنه مأذون بالقبض؛ لأنه إنما ثبت الإذن ضرورة الانتفاع، فبقي القبض في غير حالة الانتفاع غير مأذون فيه؛ لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها، ولهذا لا يضمن إذا هلك حالة الانتفاع بلا خلاف، ولأن قبض العارية يوجب ضمان الرد بالإجماع حال قيام العين، فيوجب ضمان القيمة حال هلاك العين؛ كقبض الغصب.

ولنا: ما روى القاضي الإمام أبو جعفر محمد بن عمرو، عن القاضي الخليل ابن أحمد بإسناده عن أبي الزبير المكي، عن جابر بن عبد الله، عن النبي ﷺ أنه قال: «**ليسَ علَى المُستعيرِ غيرِ المُغِلِّ ضمانٌ**»، والمُغِلُّ: هو الخائن.

فإن قيل: هذا حديث ضعيف؛ لأنه يرويه عمرو بن عبد الجبار، عن عبيدة بن حسان[(١)]، عن عمرو بن شعيب، وعمرو وعبيدة ضعيفان، قاله الدارقطني[(٢)].

ولئن ثبت يحمل على الهلاك حال الانتفاع ليكون توفيقًا بين الحديثين، ودفعًا للتعارض.

قلنا: قد روي برواية أخرى غير ضعيفة، مع أنه عمل به أكثر العلماء، مع أن الجرح لا يقبل ما لم يبين سببه، ولأن ما رويتم محمول على ضمان الرد بدليل ما روي من حديث صحيح أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**العارِيةُ مُؤدَّاةٌ، والمِنحةُ مَردودةٌ**» الحديث، فوصف النبي عليه الصلاة والسلام جميع العواري

---

(١) في الأصول الخطية: (عبيد حساب)، وهو خطأ، والمثبت من كتب الحديث.

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/ ٤٥٦ رقم ٢٩٦١) من طريق عبيدة بن حسان، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ.

وقال: عمرو وعبيدة ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع.

وَالإِذْنُ ثَبَتَ ضَرُورَةَ الِانْتِفَاعِ فَلَا يَظْهَرُ فِيمَا وَرَاءَهُ، وَلِهَذَا كَانَ وَاجِبَ الرَّدِّ وَصَارَ

بكونها مؤدّاة، وقد روي هذا الحديث بطريق آخر فلم يذكر «**مضمونة**» فيه، وفي بعض طرقها: «**ومضمونة**» بالواو، وهذه الرواية تدل على أن الضمان وصف زائد على العارية.

والوجه في ذلك أنه عليه الصلاة والسلام تلفَّظ بها تسكينًا له، وتألفًا له؛ فإنه كان يومئذ مشركًا[١]، وقد أخذ بمجامع قلبه حَمِيَّةَ الجاهلية، ولأن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان كما ذكر في المتن، وقبض العين للانتفاع بإذن صحيح من مالكها لا يوجب ضمانًا كما في المستأجر، ووجوب الضمان للجبران وذلك لا يتحقق إلا بتفويت شيء على المالك جبرًا، وبالإذن الصحيح ينعدم التفويت.

والعقد عقد تبرع فلا يكون عقد ضمان كالهبة فلا يتحقق موجب الضمان، ألا ترى أن القبض لا يكون أقوى من حقيقة [٢/ ٢٩٦/أ] الإتلاف، ولو أتلفها بإذن مالكه لا يجب عليه الضمان، فكذا إذا قبضها.

وقوله: (**الإذن للانتفاع ضرورة**)، قلنا: هو ما قبضه إلا للانتفاع فيزول عنه صفة التعدي، فإذا قبضه للانتفاع بقي في يده بإذن مالكها فلم يكن تَعدِّيًا، ولأن الإذن بالقبض وجد مطلقًا فلا يقيده بحال الانتفاع؛ لأن الضرورة كما دعت إلى إظهار الإذن في غير حال الانتفاع أيضًا؛ لأنه إنما ينتفع بمال الغير حسب انتفاعه بمال نفسه ساعة دون ساعة؛ إذ لو انتفع بها دائما لهلك، فكان إمساك العين في ثاني الحال للانتفاع مأذونًا ضرورة فلا يضمن.

أما الجواب عن قوله عليه الصلاة والسلام: «**العَارِيةُ مضمونةٌ**»، أي: ضمان الرد؛ لأنه جعل الضمان صفة العين على وجه الخبر، وحقيقة ذلك في ضمان الرد؛ لأنه يبقى ببقاء العين، وحديث صفوان فقد قيل إنه عليه الصلاة والسلام أخذ دروعه بغير رضاه بدليل قول صفوان: "أغصبًا يا رسول الله؟" إلّا أنه عليه الصلاة والسلام كان محتاجًا إلى السلاح فكان الأخذ له حلالًا ولكن بشرط الضمان؛ كتناول مال الغير في حال المخمصة بشرط الضمان.

---

(١) أي: صفوان بن أمية رضي الله عنه.

كَالمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ. وَلَنَا: أَنَّ اللَّفْظَ لَا يُنْبِئُ عَنْ التِزَامِ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ لِتَمْلِيكِ المَنَافِعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ، أَوْ لِإِبَاحَتِهَا، وَالقَبْضُ لَمْ يَقَعْ تَعَدِّيًا لِكَوْنِهِ مَأْذُونًا فِيهِ، وَالإِذْنُ وَإِنْ ثَبَتَ لِأَجْلِ الِانْتِفَاعِ فَهُوَ مَا قَبَضَهُ إِلَّا لِلِانْتِفَاعِ فَلَمْ يَقَعْ تَعَدِّيًا، وَإِنَّمَا

وقيل: المراد ضمان الرد، وقوله: «مؤدّاة» تفسير لذلك، كما يقال: فلان عالم فقيه، فسر العلم بالفقه.

وقيل: كان هذا اشتراط الضمان على نفسه، وبه أخذ قتادة، والعنبري.

وعندنا المستعير لا يضمن بالشرط أيضًا، ولكن صفوان يومئذ كان حربيًّا، ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين.

وأما قوله عليه الصلاة والسلام: «**ما يَعارُ رُسُلِي فَهلَكَتْ علَى أيْديهِمْ**» أي: استهلكوها؛ لأنه يقال: هلك في يده، إذا كان بغير صنعه، وهلكت على يده، إذا استهلكه.

وأما قوله عليه السلام: «**علَى اليدِ ما أخذَتْ حتى تَرُدَّ**»(١)، يقتضي وجوب رد العين ولا كلام فيه.

وأما المقبوض على سوم الشراء إنما كان مضمونًا بالعقد، والإذن يقرر ضمان العقد، ولأن المالك هناك ما رضي بقبضه إلا بجهة العقد، ففيما وراء العقد كان مقبوضًا بغير إذنه، وإنما وجب ضمان الرد على المستعير؛ لأن منفعة النقل حصلت له، والرد فسخ لذلك النقل فكانت المؤنة على من حصلت له منفعة النقل فإن الخراج بالضمان، ولهذا كانت النفقة عليه أيضًا، ولهذا أوجبنا مؤنة الرد على الموصى له بالخدمة أيضًا.

فأما ضمان العين فإنما يجب على من فَوَّت شيئًا على المالك بقبضه؛ كالغاصب، ولم يوجد ذلك إذا كان القبض بإذنه، كذا في المبسوط،

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦١)، والترمذي (٢/ ٥٥٧ رقم ١٢٦٦)، والنسائي في "الكبرى" (٥/ ٣٣٣ رقم ٥٧٥١)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٢ رقم ٢٤٠٠)، والحاكم (٢/ ٤٧ رقم ٢٣٠٢) من حديث سمرة بن جندب ﵁.

قال الترمذي: هذا حديث حسن، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري، ولم يخرجاه.

وَجَبَ الرَّدُّ مُؤْنَةً، كَنَفَقَةِ المُسْتَعَارِ فَإِنَّهَا عَلَى المُسْتَعِيرِ لَا لِنَقْضِ القَبْضِ.

وَالمَقْبُوضُ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ مَضْمُونٌ بِالعَقْدِ؛ لِأَنَّ الأَخْذَ فِي العَقْدِ لَهُ حُكْمُ العَقْدِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ. قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُؤَاجِرَ مَا اسْتَعَارَهُ؛ فَإِنْ آجَرَهُ فَعَطِبَ ضَمِنَ)؛ لِأَنَّ الإِعَارَةَ دُونَ الإِجَارَةِ، وَالشَّيْءُ لَا يَتَضَمَّنُ مَا هُوَ فَوْقَهُ، وَلِأَنَّا لَوْ صَحَّحْنَاهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا لَازِمًا؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ بِتَسْلِيطٍ مِن المُعِيرِ، وَفِي

والأسرار[1].

قوله: (كنفقة المستعار فإنها) أي: النفقة **(على المستعير)**، وفي الذخيرة والمغني: قال أبو علي النسفي حاكيًا عن أستاذه: أن المستعير لا يجبر على النفقة، بل يقال له: إن شئت فأنفق عليه ليحصل لك منفعته، وإن شئت فَخَلِّ يَدَكَ عنه.

وقال أبو نصر: لو استعار عبدًا فطعامه على المستعير، ولو أن مولاه أعاره فطعامه على المُعير.

قال أبو الليث: يعني إذا قال مولى العبد: خذ عبدي واسْتَخْدِمْهُ، من غير أن يستعيره المستعير فإن هذا بمنزلة الوديعة، فطعامه على مولاه، وأما الكسوة فعلى المعير في الأحوال كلها[2].

قوله: (لا لنقض القبض)، بخلاف الغصب فإن ثمة وجب الرد لنقض القبض، فإذا لم يوجد الرد يجب الضمان عليه، وهاهنا القبض بالإذن فلا يكون مضمونًا عليه.

قوله: (ولأنا لو صححناه) إلى **قوله: (بتسليط من المعير)** جواب لشبهة ذكرت في المبسوط.

فإن قيل: ينبغي أن يملك المستعير الإجارة؛ لأنه مالك للمنفعة، ولا ينقطع حق المعير في الاسترداد، بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذرًا في نقض الإجارة.

قلنا: لو ملك المستعير الإجارة كان ذلك من مقتضيات عقد المعير، فكان العقد بتسليطه فلا يمكنه من نقضه بعد.

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١١/ ١٣٦).

(٢) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٥/ ٥٦٨)، وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٥/ ٨٨).

وُقُوعِهِ لَازِمًا زِيَادَةُ ضَرَرٍ بِالمُعِيرِ لِسَدِّ بَابِ الِاسْتِرْدَادِ إِلَى انْقِضَاءِ مُدَّةِ الإِجَارَةِ فَأَبْطَلْنَاهُ، وَضَمِنَهُ حِينَ سَلَّمَهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ تَتَنَاوَلْهُ العَارِيَّةُ كَانَ غَصْبًا، وَإِنْ شَاءَ المُعِيرُ ضَمَّنَ المُسْتَأْجِرَ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ المَالِكِ لِنَفْسِهِ، ثُمَّ إِنْ ضَمِنَ المُسْتَعِيرُ لَا يَرْجِعُ عَلَى المُسْتَأْجِرِ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ آجَرَ مِلْكَ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمِنَ المُسْتَأْجِرُ يَرْجِعُ عَلَى المُؤَاجِرِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ كَانَ عَارِيَّةً فِي يَدِهِ دَفْعًا لِضَرَرِ الغُرُورِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ.

قَالَ: (وَلَهُ أَنْ يُعِيرَهُ إِذَا كَانَ مِمَّا لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ المُسْتَعْمِلِ) وَقَالَ

وقيل في تجويز إجارته: يلزم لزوم ما لا يلزم، وهذا لأن الإعارة غير لازمة في الأصل، والإجارة لازمة في الأصل، فلو ملك المستعير الإجارة إما أن تقع هذه الإجارة لازمة أو غير لازمة، فإن وقعت غير لازمة يلزم عدم لزوم ما يلزم، وهو خلاف موضوع الإجارة فكان باطلًا، وإن وقعت لازمة يلزم لزوم ما لا يلزم؛ لأنها إذا لزمت [٢/ ٢٩٦/ب] الإجارة تصير العارية لازمة ضرورة لعدم إمكان الاسترداد فيكون خلاف موضوع العارية وهو باطل، ولهذا لا يرهن لما بينا كالوديعة لا تؤجر ولا ترهن.

قوله: (**دفعًا لضرر الغرور**)، فإن غرره في ضمن العقد بخلاف ما علم بكونها عارية في يده حيث لم يرجع عليه؛ لأنه لم يؤخذ منه الغرور، وقالت الأئمة الثلاثة: لا يرجع لأنه غاصب الثاني، ويضمن بفعله.

قوله: (**إذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل**) كالحمل، والاستخدام، والسكنى، والزراعة، كذا ذكر النظائر التمرتاشي، فللمستعير أن يعيره، وبه قال مالك[(١)]، والشافعي في وجه[(٢)]، وقال الشافعي في الأصح[(٣)]، وأحمد[(٤)]: ليس

---

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨١١)، وإرشاد السالك لابن عسكر (١/ ٩٧).

(٢) انظر: التنبيه للشيرازي (ص ١١٣) وفيه: ومن استعار شيئًا لم يجز أن يعيره، وقيل: يجوز، وليس بشيء.

والبيان للعمراني (٦/ ٥١٧) وفيه: وإن أعارها المُستعيرُ غيرَهُ فهل يصح؟ فيه وجهان: أحدهما: يصح، وبه قال أبو حنيفة؛ لأنه لما جاز أن يؤاجر ما استأجره جاز أن يعير ما استعاره، والثاني: لا يجوز، وبه قال أحمد، وهو الصحيح.

(٣) انظر المصادر السابقة، والعزيز للرافعي (٥/ ٣٧٠).

(٤) انظر: الإنصاف للمرداوي (٦/ ١١٥)، والإقناع للحجاوي (٢/ ٣٣٥).

الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُعِيرَهُ؛ لِأَنَّهُ إبَاحَةُ المَنَافِعِ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِن قَبْلُ، وَالمُبَاحُ لَهُ لَا يَمْلِكُ الإِبَاحَةَ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ غَيْرُ قَابِلَةٍ لِلْمِلْكِ لِكَوْنِهَا مَعْدُومَةً، وَإِنَّمَا جَعَلْنَاهَا مَوْجُودَةً فِي الإِجَارَةِ لِلضَّرُورَةِ. وَقَدْ انْدَفَعَتْ بِالإِبَاحَةِ هَاهُنَا.

وَنَحْنُ نَقُولُ: هُوَ تَمْلِيكُ المَنَافِعِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فَيَمْلِكُ الإِعَارَةَ كَالمُوصَى لَهُ بِالخِدْمَةِ، وَالمَنَافِعُ اعْتُبِرَتْ قَابِلَةً لِلْمِلْكِ فِي الإِجَارَةِ، فَتُجْعَلُ كَذَلِكَ فِي الإِعَارَةِ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ، وَإِنَّمَا لَا تَجُوزُ فِيمَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ المُسْتَعْمِلِ دَفْعًا لِمَزِيدِ الضَّرَرِ عَنْ المُعِيرِ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِاسْتِعْمَالِهِ لَا بِاسْتِعْمَالِ غَيْرِهِ. قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهَذَا إذَا صَدَرَتْ الإِعَارَةُ مُطْلَقَةً. وَهِيَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: أَحَدُهَا أَنْ تَكُونَ مُطْلَقَةً فِي الوَقْتِ وَالِانْتِفَاعِ، وَلِلْمُسْتَعِيرِ فِيهِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ أَيَّ نَوْعٍ شَاءَ فِي أَيِّ وَقْتٍ شَاءَ عَمَلًا بِالإِطْلَاقِ.

وَالثَّانِي: أَنْ تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِيهِمَا، وَلَيْسَ لَهُ، أَنْ يُجَاوِزَ فِيهِ مَا سَمَّاهُ عَمَلًا

له أن يعيره، بناءً على ما مر أن الإعارة إباحة المنافع عنده، والمباح له لا يقدر أن يبيح غيره.

وقوله: (وإنما لا يجوز)، إلى آخره جواب لشبهة تَرِدُ علينا بأن العارية لو كانت تمليك المنفعة لما اختلف الحكم في صحة إعارته بين ما يختلف وما لا يختلف، فقال: **(إنما لا يجوز فيما يختلف لدفع زيادة الضرر على المعير)** إلى آخره.

(وهذا)، أي: ما ذكرنا من ولاية الإعارة للمستعير.

قوله: (مطلقة)، أي: عن الوقت والانتفاع.

(وهو) أي: ما يصدر عن عقد الإعارة على أربعة أوجه، وانحصاره على الأربعة ضرورة؛ لأن الشيئين - وهو الإطلاق والتقييد - دارا في الشيئين - وهما: الوقت والانتفاع -، فكانت أربعة لا محالة.

قوله: (ليس له)، أن يجاوز **(ما سماه)**، مثلًا استعار الدابة ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فلا يحتمل غيرها، إلا إذا كان خلافًا إلى مثل ذلك بأن قال: عشرة أقفزة من هذه الحنطة، أو من حنطة، فحمل عليها عشرة أقفزة من حنطة غير المشار إليها، أو من حنطة غيره، أو خير منه بأن قال: عشرة أقفزة حنطة،

بِالتَّقْيِيدِ، إِلَّا إِذَا كَانَ خِلَافًا إِلَى مِثْلِ ذَلِكَ، أَوْ إِلَى خَيْرٍ مِنهُ، وَالحِنْطَةُ مِثْلُ الحِنْطَةِ، وَالشَّعِيرُ خَيْرٌ مِن الحِنْطَةِ إِذَا كَانَ كَيْلًا. وَالثَّالِثُ: أَنْ تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِي حَقِّ الوَقْتِ مُطْلَقَةً فِي حَقِّ الِانْتِفَاعِ. وَالرَّابِعُ: عَكْسُهُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّى مَا سَمَّاهُ، فَلَوْ اسْتَعَارَ دَابَّةً وَلَمْ يُسَمِّ شَيْئًا، لَهُ أَنْ يَحْمِلَ وَيُعِيرَ غَيْرَهُ غَيْرَهُ لِلْحَمْلِ؛ لِأَنَّ الحَمْلَ لَا يَتَفَاوَتُ.

وَلَهُ أَنْ يَرْكَبَ وَيُرْكِبَ غَيْرَهُ وَإِنْ كَانَ الرُّكُوبُ مُخْتَلِفًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أُطْلِقَ فِيهِ فَلَهُ أَنْ يُعَيِّنَ، حَتَّى لَوْ رَكِبَ بِنَفْسِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ رُكُوبُهُ، وَلَوْ أَرْكَبَ غَيْرَهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْكَبَهُ حَتَّى لَوْ فَعَلَهُ ضَمِنَهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ الإِرْكَابُ.

قَالَ: (وَعَارِيَّةُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ وَالمَعْدُودِ قَرْضٌ)؛ لِأَنَّ

فحمل عليها عشرة من شعير، في القياس يكون ضامنًا؛ لأنه يخالف لاختلاف الجنس، وعنده لا يعتبر الضرر والمنفعة.

وفي الاستحسان لا يضمن؛ لأنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة فإن مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته، ومثل الكيلي الحنطة من الشعير يكون أخف عليها، والتقييد إنما يعتبر إذا كان مفيدًا، ولهذا لو سمى مقدارًا من الحنطة وزنًا فحمل مثل ذلك الوزن شعيرًا يضمن؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة، كذا في المبسوط(١).

قوله: (**ليس له أن يركبه**)، أي: يركب الدابة على تأويل الحيوان، أو الحمار، أو البغل، أو الفرس.

قوله: (**حتى لو فعل ضمنه**)، أي: لو ركب بنفسه ضمن وهو الصحيح، وهو اختيار فخر الإسلام، وعند شمس الأئمة وشيخ الإسلام خواهر زاده: لا يضمن؛ لأنه يملك الإعارة.

والصحيح أنه لا يضمن لما أطلق، وله أن يُعَيِّنَ، وفي الأولى: يُعَيِّنُ الركوبَ، وفي الثانية: الإركاب، وتعيينه كتعيين المالك، ولو عيَّن المالك يضمن بالنقل، كذا هنا.

قوله: (**وعارية الدراهم**) بأن قال: أعرتك هذه الدراهم، أو الدنانير قرض،

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ١٣٨).

الإِعَارَةَ تَمْلِيكُ المَنَافِعِ، وَلَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهَا إِلَّا بِاسْتِهْلَاكِ عَيْنِهَا فَاقْتَضَى تَمْلِيكُ العَيْنِ ضَرُورَةً وَذَلِكَ بِالهِبَةِ، أَوْ بِالقَرْضِ، وَالقَرْضُ أَدْنَاهُمَا فَيَثْبُتُ، أَوْ لِأَنَّ مِن قَضِيَّةِ الإِعَارَةِ الِانْتِفَاعَ وَرَدَّ العَيْنِ، فَأُقِيمَ رَدُّ المِثْلِ مَقَامَهُ. قَالُوا: هَذَا إِذَا أَطْلَقَ الإِعَارَةَ.

وَأَمَّا إِذَا عَيَّنَ الجِهَةَ: بِأَنْ اسْتَعَارَ دَرَاهِمَ لِيُعَايِرَ بِهَا مِيزَانًا، أَوْ يُزَيِّنَ بِهَا دُكَّانًا: لَمْ يَكُنْ قَرْضًا، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا المَنْفَعَةُ المُسَمَّاةُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَعَارَ آنِيَةً يَتَجَمَّلُ بِهَا، أَوْ سَيْفًا مُحَلًّى يَتَقَلَّدُهُ.

قَالَ: (وَإِذَا اسْتَعَارَ أَرْضًا لِيَبْنِيَ فِيهَا، أَوْ لِيَغْرِسَ فِيهَا جَازَ، وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ

يعني بمنزلة قوله: أقرضتك، ولا يعلم فيه خلاف، إلا ما نقل عن بعض أصحاب الشافعي: هذه إعارة فاسدة، وقبض المال بالإذن إلا لمنفعة نفسه فتكون أمانة، ذكره في شرح الوجيز[١].

وفي المغني: قال أبو بكر البلخي: قال: أعرتك هذه القصعة من الثريد، فأخذها وأكلها فعليه مثلها أو قيمتها؛ لما أن إعارة ما لا ينتفع إلا بهلاكه قرض.

قال أبو الليث: الجواب هكذا إذا لم يكن بينهما مباسطة أو دلالة الإباحة.

قوله: (**وذلك**)، أي: تمليك العين بالهبة، أو القرض، والقرض أدناهما ضررًا على المعير؛ لأنه يوجب المثل والهبة لا توجبه.

قوله: (**ورد العين**)، وقد تعذر رد العين على المستعير هنا فأقيم رد المثل مقام ردها.

قوله: (**أما إذا عيَّن الجهة**) إلى آخره، ولا يُعلم فيه خلاف أيضًا، وفي بعض النسخ (**ليعاير بها ميزانًا**)، والصواب: (**يعاير**)، أي: يسوي، ذكره في المغرب[٢].

وفي الصحاح: عايروا مكاييلكم وموازينكم ولا تقل: عيّروا[٣].

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٥/ ٣٧٥).

(٢) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٣٣٤).

(٣) الصحاح تاج اللغة للجوهري (٣/ ٧٦٤).

فِيهَا وَيُكَلِّفَهُ قَلْعَ البِنَاءِ وَالغَرْسِ) أَمَّا الرُّجُوعُ: فَلِمَا بَيَّنَّا، وَأَمَّا الجَوَازُ: فَلِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ تُمْلَكُ بِالإِجَارَةِ فَكَذَا بِالإِعَارَةِ. وَإِذَا صَحَّ الرُّجُوعُ بَقِيَ المُسْتَعِيرُ شَاغِلًا أَرْضَ المُعِيرِ فَيُكَلَّفُ تَفْرِيغَهَا، ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَقَّتَ العَارِيَّةَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ المُسْتَعِيرَ

قوله: (قلع البناء، والغرس) بكسر الغين، وفتحها ذكره في المُغرِب[1].

وقوله: (فلما بيّنا)، إشارة إلى قوله: (للمعير أن يرجع متى شاء).

قوله: (فلا ضمان عليه)، أي: على المعير من نقصان قيمة البناء والغرس، وبه قال مالك، وقال الشافعي، وأحمد: إن أبى المستعير القلع يضمن المعير ما ينقص بالقلع، أو قيمة بنائه مقلوعًا؛ [٢/ ٢٩٧/أ] لأنه بنى وغرس بإذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان.

إليه أشار قوله عليه الصلاة والسلام: «**ليسَ لِعِرْقٍ ظالِمٍ حَقٌّ**»[2]، فدل بمفهومه على أن العرق الذي ليس بظالم له حق وهذا كذلك، وصار كما لو طالبه بالقلع في المؤقتة قبل مضي الوقت.

وقلنا: الضرر إنما يلحق المستعير من قبله حيث بنى أو غرس في محل كان لغيره حق الرجوع فيه، والمعير لم يصر غارًّا لأنه ما وقَّت للعارية وقتًا، ولكن المستعير مغترٌّ بنفسه حيث ظن بمطلق العقد أنه يتركها في مدة طويلة من غير أن يسبق منه الوعد، بخلاف ما لو وقَّت للعارية وقتًا ورجع قبل مضي الوقت فإن المستعير يصير مغرورًا من جهة المعير، وللمغرور أن يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغارِّ.

وقال زفر: لا يضمن أيضًا بالتوقيت؛ لأن الإطلاق والتوقيت سواء لبطلان الأجل في العواري.

وقلنا: إذا وقت صار مغرورًا من جهته.

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص٣٣٩).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ١٧٨ رقم ٣٠٧٣)، والترمذي (٣/ ٥٥ رقم ١٣٧٨)، والنسائي في "الكبرى" (٥/ ٣٢٥ رقم ٥٩٢٧) من حديث سعيد بن زيد رضي الله عنه.

قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وقد رواه بعضهم، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن النبي ﷺ مرسلًا، وقال النسائي: خالفه يحيى بن سعيد، وليث بن سعد - أي فروياه مرسلًا.

مُغْتَرٌّ غَيْرُ مَغْرُورٍ حَيْثُ اعْتَمَدَ إِطْلَاقَ العَقْدِ مِن غَيْرِ أَنْ يَسْبِقَ مِنهُ الوَعْدُ، وَإِنْ كَانَ وَقَّتَ العَارِيَّةَ وَرَجَعَ قَبْلَ الوَقْتِ صَحَّ رُجُوعُهُ لِمَا ذَكَرْنَاهُ وَلَكِنَّهُ يُكْرَهُ، لِمَا فِيهِ مِن خُلْفِ الوَعْدِ وَضَمِنَ المُعِيرُ مَا نَقَصَ البِنَاءَ وَالغَرْسَ بِالقَلْعِ؛ لِأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِن جِهَتِهِ حَيْثُ وَقَّتَ لَهُ، وَالظَّاهِرُ هُوَ الوَفَاءُ بِالعَهْدِ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ. كَذَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ فِي المُخْتَصَرِ. وَذَكَرَ الحَاكِمُ الشَّهِيدُ: أَنَّهُ يَضْمَنُ رَبُّ الأَرْضِ لِلْمُسْتَعِيرِ قِيمَةَ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ وَيَكُونَانِ لَهُ، ....

فإن قيل: الغرور بمباشرة عقد الضمان سبب للرجوع، ألا ترى أنه لو استحق الموهوبَ بعد هلاكِهِ فضَمِنَ الموهوبَ له الضمان، لا يرجع بما ضمن على الواهب؛ لأن الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره، والمعير لم يباشر عقد الضمان وإن وقَّت.

قلنا: كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن، ولا حاجة إلى التوقيت في تصحيحها لصحتها بدونها، فعلم أن فائدته التزام قيمة البناء والغرس إن أراد إخراجه قبله، وصار تقدير كلامه كأن قال: اِبْنِ في هذه الأرض لنفسك على أن أترُكَها في يدك إلى مدة كذا، فإن لم أتركها فأنا ضامن لك ما تنفق في بنائك، فيكون الرجوع للإلزام المعنوي لا للغرور، كذا في المبسوط(١).

قلت: فعلى هذا معنى قول الشيخ: **(لأنه مغرور من جهته)** مُؤَوّلٌ، [أي](٢) مغرور من الإلزام المعنوي، وبعد مضي المدة له الرجوع بلا ضمان عندنا، ومالك، وبه قال المزني، وعند الشافعي وأحمد: يضمن النقصان، كما في غير المؤقت، ورجع قبل الوقت صح رجوعه خلافًا لمالك، وما نقل في النهاية من قول مالك أنه يضمن القيمة ما وجدته في كتبهم، بل عندهم إذا كان مؤقتًا لا يجوز له الرجوع.

قوله: (يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه)، يعني بكم يشتري بشرط قيامه إلى المدة المضروبة، كذا في شرح الكافي.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ١٤٢).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْمُسْتَعِيرُ أَنْ يَرْفَعَهُمَا، وَلَا يُضَمِّنَهُ قِيمَتَهُمَا فَيَكُونَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ.

قَالُوا: إِذَا كَانَ فِي الْقَلْعِ ضَرَرٌ بِالْأَرْضِ: فَالْخِيَارُ إِلَى رَبِّ الْأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ صَاحِبُ أَصْلٍ، وَالْمُسْتَعِيرُ صَاحِبُ تَبَعٍ، وَالتَّرْجِيحُ بِالْأَصْلِ، (وَلَوْ اسْتَعَارَهَا لِيَزْرَعَهَا: لَمْ تُؤْخَذْ مِنهُ حَتَّى يَحْصُدَ الزَّرْعَ وَقَّتَ أَوْ لَمْ يُوَقِّتْ)؛ لِأَنَّ لَهُ نِهَايَةً مَعْلُومَةً، وَفِي التَّرْكِ مُرَاعَاةُ الْحَقَّيْنِ، بِخِلَافِ الْغَرْسِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ نِهَايَةٌ مَعْلُومَةٌ فَيُقْلَعُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ الْمَالِكِ.

قَالَ: (وَأُجْرَةُ رَدِّ الْعَارِيَّةِ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ)؛ لِأَنَّ الرَّدَّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ، ....

قوله: (**لم تؤخذ منه**)، أي: لم تؤخذ الأرض من المستعير، ويترك في يده طريق الإجارة.

(**لأن له**)، أي: للزرع (**نهاية**) فيمكن مراعاة الحَقَّيْن، كما في الإجارة إذا انقضت المدة والزرع لم يدرك بعد فإنه يترك الأرض في يده بأجر مراعاة للجانبين كذا هنا، كذا في المبسوط.

وبه قال الشافعي في وجه، ومالك، وأحمد، وقال في وجه: كالبناء والغرس، وعن أحمد: إن كان مما يحصد قَصِيلًا بلا ضرر فله الرجوع لعدم الضرر فيه[1].

قوله: (**حتى يحصد**) على بناء المفعول، ثم إذا استحصد الزرع فصاحب الأرض يأخذ الأرض مع الأجر، وقال أبو إسحاق الحافظ: إنما يجب الأجر لصاحب الأرض إذا آجر الأرض منه، أو القاضي بعد مضي المدة، وبدون ذلك لا يجب الأجر، وفي أكثر الروايات لم يشترط ذلك.

قوله: (**وفي الترك مراعاة الحقين**)، أي: حق المعير والمستعير فكان أولى من القلع، ولأن في القلع إبطال ملك المستعير، وفي الترك في يده، وبالأجرة ضررًا بالمعير من حيث تأخير حقه، وضرر الإبطال فوق ضرر التأخير.

قوله: (**وأجرة رد العارية على المستعير**) بلا خلاف كما بينا.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ١٧١)، والإنصاف للمرداوي (٦/ ١٠٦).

لِمَا أَنَّهُ قَبَضَهُ لِمَنْفَعَةِ نَفْسِهِ، وَالأُجْرَةُ مُؤْنَةُ الرَّدِّ فَتَكُونُ عَلَيْهِ (وَأُجْرَةُ رَدِّ العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ عَلَى المُؤَجِّرِ) لِأَنَّ الوَاجِبَ عَلَى المُسْتَأْجِرِ التَّمْكِينُ وَالتَّخْلِيَةُ دُونَ الرَّدِّ، فَإِنَّ مَنْفَعَةَ قَبْضِهِ سَالِمَةٌ لِلْمُؤَجِّرِ مَعْنًى، فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ مُؤْنَةُ رَدِّهِ (وَأُجْرَةُ رَدِّ العَيْنِ المَغْصُوبَةِ عَلَى الغَاصِبِ)؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ عَلَيْهِ الرَّدُّ وَالإِعَادَةُ إِلَى يَدِ المَالِكِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ فَتَكُونَ مُؤْنَتُهُ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَإِذَا اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا إِلَى إِصْطَبْلِ مَالِكِهَا فَهَلَكَتْ: لَمْ يَضْمَنْ) وَهَذَا

قوله: (لما أنه) أي: المستعير قبضه لنفع نفسه فتكون المؤنة عليه، لما أن الخراج بالضمان، والأجر مؤنة الرد، ولهذا لو أمسكه بعد مضي المدة في العارية المؤقتة وهلك يضمنه، بخلاف المطلقة حيث لا يضمن بالإمساك؛ لأن المطالبة بالردّ لم توجد، حتى لو طلب الرد فأمسكها يضمن؛ كالمودَع إذا طولب بالرد، وبخلاف المستأجر إذا أمسكها بعد مضي المدة وهلكت قبل الطلب حيث لم يضمنها؛ لأن الرد على المالك لا على المستأجر، كذا في المبسوط[(١)].

قوله: (لأن الواجب عليه)، أي: على الغاصب الرد لقوله عليه الصلاة والسلام: «**عَلَى اليدِ ما أَخَذَتْ حتّى تَرُدَّ**»[(٢)]، [٢/ ٢٩٧/ب] فتكون مؤنة الرد واجبة عليه، ولا خلاف فيه.

وأجرة رد المرهون على الراهن، وأجرة رد الوديعة على مالكها، والأصل أن مؤنة الرد على من وقع له القبض؛ لأن الإخراج بالضمان، فإذا ثبت هذا اتضح لك حكم هذه المسائل، فالمرتهن قبض الرهن لنفسه، ولهذا اختص به من سائر الغرماء.

أما مؤنة رد العبد الموصى بخدمته فقالوا: لا رواية فيها، ويجب أن يكون على الموصى له بالخدمة كما في المستعير.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ١٣٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦١)، والترمذي (٢/ ٥٥٧ رقم ١٢٦٦)، والنسائي في "الكبرى" (٥/ ٣٣٣ رقم ٥٧٥١)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٢ رقم ٢٤٠٠)، والحاكم (٢/ ٤٧ رقم ٢٣٠٢) من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه.
قال الترمذي: هذا حديث حسن، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري، ولم يخرجاه.

اسْتِحْسَانٌ، وَفِي القِيَاسِ: يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ مَا رَدَّهَا إِلَى مَالِكِهَا بَلْ ضَيَّعَهَا. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ أُتِيَ بِالتَّسْلِيمِ المُتَعَارَفِ؛ لِأَنَّ رَدَّ العَوَارِيِّ إِلَى دَارِ المُلَّاكِ مُعْتَادٌ كَآلَةِ البَيْتِ، وَلَوْ رَدَّهَا إِلَى المَالِكِ فَالمَالِكُ يَرُدُّهَا إِلَى المَرْبِطِ.

(وَإِنْ اسْتَعَارَ عَبْدًا فَرَدَّهُ إِلَى دَارِ المَالِكِ وَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ: لَمْ يَضْمَنْ) لِمَا بَيَّنَّا (وَلَوْ رَدَّ المَغْصُوبَ أَوْ الوَدِيعَةَ إِلَى دَارِ المَالِكِ وَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ: ضَمِنَ)؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ عَلَى الغَاصِبِ فَسْخُ فِعْلِهِ، وَذَلِكَ بِالرَّدِّ إِلَى المَالِكِ دُونَ غَيْرِهِ، والوَدِيعَةُ لَا يَرْضَى المَالِكُ بِرَدِّهَا إِلَى الدَّارِ وَلَا إِلَى يَدِ مَنْ فِي العِيَالِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ارْتَضَاهُ لَمَا أَوْدَعَهَا إِيَّاهُ، بِخِلَافِ العَوَارِيِّ؛ لِأَنَّ فِيهَا عُرْفًا، حَتَّى لَوْ كَانَتْ العَارِيَّةُ عُقْدَ جَوْهَرٍ لَمْ يَرُدَّهَا إِلَّا إِلَى المُعِيرِ؛ لِعَدَمِ مَا ذَكَرْنَاهُ مِن العُرْفِ فِيهِ.

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا مَعَ عَبْدِهِ أَوْ أَجِيرِهِ: لَمْ يَضْمَنْ) وَالمُرَادُ

قوله: (وفي القياس يضمن)، وبه قال الشافعي، وأحمد لأن الواجب عليه الرد إلى المالك أو نائبه وهو وكيله كما في الوديعة والمغصوب ولم يوجد، بل ضيعه.

وجه الاستحسان أن العواري ترد إلى دار المالك، أو إلى المربط عادةً وعرفًا، وهما في يد المالك حكمًا فكأنه ردها إلى مالكها حكمًا.

ذكر التمرتاشي عن ابن سلمة: إن كان المربط خارج الدار لم يبرأ؛ لأن الظاهر أنها تكون هناك بلا حافظ، وقيل: هذا في عادتهم.

قوله: (فردها مع عبده، أو أجيره لم يضمن)، وقياس قول الشافعي أن يضمن كما لو دفع الوديعة إليهما.

قوله: (مع عبد رب الدابة أو أجيره)[1] أي: السائس (لم يضمن)، وبه قال أحمد، وقياس قول الشافعي أن يضمن كما في الوديعة.

وجه الاستحسان أن الرد إليه كالرد إلى المالك، ولهذا لو دفعها إليه كأن يدفعها إلى السائس، ولهذا لو استعار منه دابة بأمر السائس يدفعها عادة وعرفًا، ولا يوجد مثل هذا العرف في الوديعة فإن صاحبها هو الذي يتولى استردادها

---

(١) انظر المتن ص ١٦٢.

بِالأَجِيرِ: أَنْ يَكُونَ مُسَانَهَةً، أَوْ مُشَاهَرَةً؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ، وَلَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا بِيَدِ مَنْ فِي عِيَالِهِ كَمَا فِي الوَدِيعَةِ، بِخِلَافِ الأَجِيرِ مُيَاوَمَةً؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي عِيَالِهِ .(وَكَذَا إِذَا رَدَّهَا مَعَ عَبْدِ رَبِّ الدَّابَّةِ أَوْ أَجِيرِهِ)؛ لِأَنَّ المَالِكَ يَرْضَى بِهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ رَدَّهُ إِلَيْهِ فَهُوَ يَرُدُّهُ إِلَى عَبْدِهِ، وَقِيلَ: هَذَا فِي العَبْدِ الَّذِي يَقُومُ عَلَى الدَّوَابِّ، وَقِيلَ: فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ، وَهُوَ الأَصَحُّ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ لَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ دَائِمًا يُدْفَعُ إِلَيْهِ أَحْيَانًا (وَإِنْ رَدَّهَا مَعَ أَجْنَبِيٍّ ضَمِنَ) وَدَلَّتْ المَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ المُسْتَعِيرَ لَا يَمْلِكُ الإِيدَاعَ قَصْدًا كَمَا قَالَهُ بَعْضُ المَشَايِخِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَمْلِكُهُ، لِأَنَّهُ دُونَ الإِعَارَةِ، وَأَوَّلُوا هَذِهِ المَسْأَلَةَ بِإِنْهَاءِ الإِعَارَةِ لِانْقِضَاءِ المُدَّةِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَعَارَ أَرْضًا بَيْضَاءَ لِلزِّرَاعَةِ يَكْتُبُ: «إِنَّك أَطْعَمْتنِي» عِنْدَ أَبِي

عادة، وإنما أودعها لأنه لم يرض بكونها في يد عياله، كذا في المبسوط[1].

قوله: (من أجنبي[2] قصدًا؛ لأنه لما وضعه في يد الأجنبي للرد فيكون هذا إيداعًا، ومع هذا قال (يضمن)، وبه أخذ بعض المشايخ وهو الكرخي، والبقالي فقال: لا يملك الاستعارة، ولا يملك الإيداع؛ لأن الإعارة تصرف في المنفعة وهي ملكه، أما الإيداع تصرف في العين وهي ملك صاحبها وصاحب العين لم يرض بالدفع إلى غيره.

واستدل الكرخي بهذه المسألة ذكره في شرح الطحاوي، وقال بعضهم - وهم مشايخ العراق - بملك الإيداع، وبه أخذ أبو الليث، والفضلي.

وفي الفوائد الظهيرية: وعليه الفتوى؛ لأنه لما ملك الإعارة مع أن فيها إيداعًا وتمليك المنافع فلأن يملك الإيداع، وليس فيه تمليك المنافع أولى.

(وأولوا)، أي: مشايخ العراق هذه المسألة فيما إذا كانت العارية مؤقتة، وقد انتهت باستيفاء مدتها، وحينئذ يصير المستعير مودَعًا، والمودَع لا يملك الإيداع بالاتفاق.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ١٤٠).
(٢) كذا في الأصول الخطية، وتقدم في المتن: (وَإِنْ رَدَّهَا مَعَ أَجْنَبِيٍّ ضَمِنَ).

حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَكْتُبُ: إِنَّك أَعَرْتنِي)(*)؛ لِأَنَّ لَفْظَةَ الإِعَارَةِ مَوْضُوعَةٌ لَهُ، وَالكِتَابَةُ بِالمَوْضُوعِ لَهُ أَوْلَى كَمَا فِي إِعَارَةِ الدَّارِ. وَلَهُ: أَنَّ لَفْظَةَ الإِطْعَامِ أَدَلُّ عَلَى المُرَادِ؛ لِأَنَّهَا تَخُصُّ الزِّرَاعَةَ وَالإِعَارَةُ تَنْتَظِمُهَا وَغَيْرَهَا كَالبِنَاءِ وَنَحْوِهِ فَكَانَتْ الكِتَابَةُ بِهَا أَوْلَى، بِخِلَافِ الدَّارِ؛ لِأَنَّهَا لَا تُعَارُ إِلَّا لِلسُّكْنَى، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: (موضوعة له)، أي: لعقد الإعارة، كما في إعارة الدار والثوب فإنه لا يكتب فيها: ألبستني، أو: أكسيتني.

قوله: (لأنها)، أي: لفظة الإطعام **(تخص الزراعة)**.

(والإعارة تنتظمها)، أي: الزراعة وغيرها؛ كالبناء، ونصب الفسطاط فلا يدل لفظ الإعارة على شيء من هذه الأنواع عينًا.

(فكانت الكتابة بها)، أي: بصيغة الإطعام ليعلم أن غرضه الزراعة أولى، بخلاف إعارة الدار والثوب؛ لأن إعارتهما للسكنى واللبس فقط، وهذا العرض يصير معلومًا بقوله: أعرتني، إليه أشار في الفوائد الظهيرية.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

كِتَابُ الْهِبَةِ

وقد ذكرنا وجه المناسبة في العارية وهو الترقي من الأدنى إلى الأعلى، ولأن العارية كالمفرد، والهبة كالمركب؛ لأن فيها تمليك العين مع المنفعة.

ثم محاسن الهبة لا تحصى، ولا تخفى على ذي النهى، فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال: ﴿إِنَّكَ أَنتَ الْوَهَّابُ﴾ [ص:٣٥]، وهذا يكفي لمحاسنها.

ثم الهبة لغةً: أصلها من الوَهَب، والوَهْب بتسكين الهاء وتحريكها، وكذلك في كل معتل الفاء؛ كالوعد والعدة، والوعظ والعظة، فكانت من المصادر التي تحذف أوائلها، وتعوض في آخرها التاء.

ومعناه: إيصال الشيء للغير بما ينفعه، سواء كان مالًا أو غير مال، يقال: وهبت له مالًا وهبًا وهبةً، ويقال: وهب الله فلانًا ولدًا صالحًا، قال تعالى: ﴿فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا﴾ [مريم:٥]، ويقال: وهبه مالًا، ولا يقال: وهبت منه، وسمي الموهوب هبة، وموهبة، والجمع هبات، ومواهب، واتَّهَبَه منه قَبِله، واستوهبه طلب الهبة.

وشرعًا: تمليك [٢/٢٩٨/أ] العين بلا عوض.

ودليل جوازها: الكتاب، قال تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء:٤]، وإباحة الأكل بالوصف الحميد دليل جوازها، وقال تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا﴾ [النساء:٨٦]، والمراد بالتحية العطية، وقيل: المراد السلام، والأول أظهر؛ فإن قوله ﴿أَوْ رُدُّوهَا﴾ يتناول ردها بعينها، وذا إنما يتحقق في العطية؛ لأن رد عين الكلام غير ممكن، كذا في المبسوط[١].

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/٤٧).

الهِبَةُ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «تَهَادَوْا تَحَابُّوا»، وَعَلَى ذَلِكَ انْعَقَدَ الإِجْمَاعُ (وَتَصِحُّ بِالإِيجَابِ وَالقَبُولِ وَالقَبْضِ) أَمَّا الإِيجَابُ وَالقَبُولُ فَلِأَنَّهُ

والسنة: قال عليه الصلاة والسلام: «**تَهادَوا تَحابُّوا**»(١)، الحديث، آخره: «**كُونوا عبادَ اللهِ إخوانًا مُؤْتَلِفِين**»(٢).

وإجماع الأمة، والدليل المعقول أنها من باب الإحسان، واكتساب سبب التودد بين الإخوان، وكل ذلك مندوب إليه بعد الإيمان.

وسببها: إرادة الثواب، إما ثواب دنياوي كالعوض، وحسن الثناء، والمحبة، وإما عقباوي.

وشرائط صحتها أنواع، منها في الواهب: وهو أن يكون من أهل الهبة، وحرًّا، عاقلًا بالغًا، مالكًا للموهوب.

ومنها في الموهَبِ: بأن يكون مقبوضًا لا يكون متصلًا بشيء، ولا مشغولًا به ومتميزًا عن غير الموهوب له، وفي بعضها خلاف، وسيجيء بيانه.

وركنها: الإيجاب والقبول.

وحكمها: ثبوت الملك للموهوب له غير لازم إلا بموانع، وعند الشافعي لازم إلا في هبة الوالد لولده.

وألفاظها: تجيء بعد ذلك، وقوله عليه السلام: «**تَهادَوا**»، أمر من التهادي، وهو أن يهدي بعضهم بعضًا.

وقوله: «**تحابوا**» صيغة خطاب في المضارع الجزم بجواب الأمر، وسقط إحدى التائين للتخفيف، من التحاب، وكان لفظ جمع الماضي، ولفظ جمع الأمر ولفظ جمع مخاطب المضارع المجزوم على صيغة واحدة.

قوله: (ويصح بالإيجاب)؛ كقوله: وهبت ونحوه كما يجيء، أي: يصح في حق الواهب بمجرد الإيجاب، وفي حق الموهوب له بالقبول والقبض؛ لأن

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) هذا حديث آخر أخرجه البخاري (٨/ ١٩ رقم ٦٠٦٤)، ومسلم (٤/ ١٩٨٥ رقم ٢٥٦٣) من حديث أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «إياكُم والظَّنَّ، فإنّ الظنَّ أكذَبُ الحديثِ، ولا تَحسَّسُوا، ولا تَجَسَّسُوا، ولا تحاسَدوا، ولا تَدابَروا، ولا تَباغَضوا، وكونوا عِبادَ اللَّهِ إخوانًا».

عَقْدٌ، وَالعَقْدُ يَنْعَقِدُ بِالإِيجَابِ، وَالقَبُولِ، وَالقَبْضُ لَا بُدَّ مِنهُ لِثُبُوتِ المَلِكِ.

وَقَالَ مَالِكٌ: يَثْبُتُ المِلْكُ فِيهِ قَبْلَ القَبْضِ اعْتِبَارًا بِالبَيْعِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الصَّدَقَةُ. وَلَنَا: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تَجُوزُ الهِبَةُ إِلَّا مَقْبُوضَةً» وَالمُرَادُ نَفْيُ

الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع، فصار هو عندنا بمنزلة الإقرار والوصية، ولكن الموهوب له لا يملك إلا بالقبول والقبض.

وثمرة ذلك فيمن حلف لا يهب فوهب فلم يقبل الموهوب له يحنث، أو حلف على أن يهب فلانًا فوهبه ولم يقبل، برَّ في يمينه عندنا.

وقال مالك: يثبت الملك قبل القبض بمجرد الإيجاب والقبول[(١)]، وبه قال أبو ثور، والشافعي في القديم لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «**العائدُ في هِبتِهِ كالعائِدِ في قَيئِهِ**»[(٢)]، ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلا يعتبر فيه القبض؛ كالوصية والوقف، ولأنه عقد لازم ينقل الملك فلم يتوقف لزوم على القبض كالبيع.

وبقولنا قال الشافعي[(٣)]، وأحمد[(٤)]، وأكثر الفقهاء والتابعين، إلا أن أحمد يقول: إن كانت الهبة عينًا يصح بدون القبض في الأصح، وفي المكيل والموزون لا يصح بدون القبض[(٥)].

ويتفرع على الأقوال أن الزيادات الحادثة بين العقد والقبض لمن تكون، ولو باع الواهب الهبة بين العقد والقبض، أو مات بينهما فالملك للواهب عندنا، وعند مالك لا يصح بيعه، والهبة لوارث الموهوب له، وعند الشافعي في أصح قوليه إذا مات الواهب ينقلب إلى اللزوم ولا تنفسخ الهبة حتى يجبر الوارث في الإقباض، وإن مات المتهب قبضه وارثه إن أقبضه الواهب.

قوله: (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تَجوزُ الهِبةُ»[(٦)] الحديث،

---

(١) انظر: المدونة (٤/ ٤١٢)، والكافي لابن عبد البر (٢/ ٩٩٩).

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ١٥٨ رقم ٢٥٨٩)، ومسلم (٣/ ١٢٤١ رقم ١٦٢٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) انظر: الأم للشافعي (٤/ ٦٤)، والبيان للعمراني (٨/ ١١٤).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٤١)، والإنصاف للمرداوي (٧/ ١١٨).

(٥) انظر: الكافي لابن قدامة (٢/ ٢٦٠)، والإنصاف للمرداوي (٧/ ١٢٠).

(٦) تقدم تخريجه في المتن.

المِلْكِ، لِأَنَّ الجَوَازَ بِدُونِهِ ثَابِتٌ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ، وَفِي إِثْبَاتِ المِلْكِ قَبْلَ القَبْضِ إِلْزَامُ المُتَبَرِّعِ شَيْئًا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ، وَهُوَ التَّسْلِيمُ فَلَا يَصِحُّ، بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّ أَوَانَ ثُبُوتِ المِلْكِ فِيهَا بَعْدَ المَوْتِ وَلَا إِلْزَامَ عَلَى المُتَبَرِّعِ؛ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ اللُّزُومِ، وَحَقُّ الوَارِثِ مُتَأَخِّرٌ عَنْ الوَصِيَّةِ فَلَمْ يَمْلِكْهَا.

قَالَ: (فَإِنْ قَبَضَهَا المَوْهُوبُ لَهُ فِي المَجْلِسِ بِغَيْرِ أَمْرِ الوَاهِبِ جَازَ) اسْتِحْسَانًا (وَإِنْ قَبَضَ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ: لَمْ يَجُزْ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الوَاهِبُ فِي القَبْضِ) وَالقِيَاسُ:

والمراد نفي الملك [لأن](١) جواز العقد قبل القبض ثابت بالإجماع.

وقيل: هذا الحديث غير مرفوع، بل هو قول علي وعمر، ولئن كان فهو حجة أيضًا لأنه مما لا يمكن معرفته بالقياس، وروي أيضًا عن جماعة من الصحابة أنهم قالوا: لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة، ولم يعرف لهم في الصحابة مخالف فحلَّ محلَّ الإجماع.

وما روي عن علي وعمر أنهما قالا: "إذا أعلمت الصدقة جازت" محمول على صدقة الأب على ابنه الصغير، أو على الصدقة الموقوفة فإنها تجوز بلا قبض عند أبي يوسف إن صح توفيقًا بين أقاويل الصحابة، كذا في المحيط.

وفي المبسوط(٢)، والمغني لابن قدامة(٣)، وكتب أصحاب الشافعي(٤): أن أبا بكر نحل عائشة رضي الله عنها جذاذا عشرين وسقًا بالعالية من ماله، فلما مرض قال: يا بنية ما أحد أحب إليَّ منك، ولا أحد أعز عليَّ فقرًا منك، وكنت نحلتك جذاذا عشرين وسقًا وإنك ما قبضتيه ولا حزتيه، وهو اليوم مال الوارث، فاقتسموا على كتاب الله عز وجل، فدل أن القبض شرط.

[٢/٢٩٨/ب] ولا تتم الهبة فيما يحتمل القسمة إلا بالقسمة؛ لأنه قال: "ما قبضتيه، ولا حزتيه"، وكان المراد بالحيازة القسمة؛ إذ لو حملناه على القبض كان تكرارًا، وحمل الكلام على الإفادة أولى من الإعادة.

---

(١) في الأصل: (لا جواز)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٤٩).
(٣) المغني لابن قدامة (٦/ ٤١).
(٤) انظر: الأم للشافعي (٤/ ٦٥، ٧/ ١٢١).

أَنْ لَا يَجُوزَ فِي الوَجْهَيْنِ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ القَبْضَ تَصَرُّفٌ فِي مِلْكِ الوَاهِبِ، إِذْ مِلْكُهُ قَبْلَ القَبْضِ بَاقٍ فَلَا يَصِحُّ بِدُونِ إِذْنِهِ، وَلَنَا: أَنَّ القَبْضَ بِمَنْزِلَةِ

وفيه دليل أن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تكون باطلة لمباشرة أبي بكر، وفيه دليل أن الرجوع في الهبة قبل القبض يصح، ولأنه عقد تبرع فلو ثبت الملك بلا قبض تتوجه المطالبة عليه بالتسليم كما في البيع فيؤدي إلى إيجاب شيء لم يتبرع به، وهو خلاف موضوع التبرعات، بخلاف المعاوضات.

ولا يقال: إن الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لأنه لا يفيد، إذ فائدة الملك التمكن من التصرفات، وذا إنما يكون إذا كان بسبيل من قبضه، ولا يصح القياس على الوقف والوصية؛ لأن الوقف إخراج ملك إلى الله تعالى، أو التصدق بمنفعته، وفيه لا يشترط القبض، وكذا في الوصية ثبت الملك بعد الموت، ولا مطالبة ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم حينئذ، والوارث لم يملك.

هذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال: إن انعدم أهلية الموصي فوارثه يخلفه في ملكه، فكان ينبغي أن يتوقف ملك الموصى له إلى وقت التسليم، فأجاب عنه بأن حق الوارث متأخر عن الوصية فلا يصح تسليمه فيما صح فيه الوصية.

فإن قيل: الشروع في عقد الهبة التزام التسليم تبعًا كالشروع في صلاة النفل، وصوم النفل، وكالتزام الصلاة بالنذر فإنه يلزمه الوضوء تبعًا لما أنها لا تصح ولا تتم إلا به، فكذا هاهنا الشروع في الهبة لا يتم المقصود منه إلا بالتسليم فينبغي أن يجب التسليم.

قلنا: في الشروع في صلاة النفل إنما يلزمه الركعة الثانية، والإمساكات الباقية صيانة لما مضى عن البطلان، والوضوء تبع للصلاة فكان النذر بها نذرًا به، ولا كذلك هاهنا لأن للهبة صحة بدون القبض، وإنما القبض للزوم العقد، وعقد الهبة بعد القبض غير لازم حتى يصح الرجوع، فكيف يكون لازمًا قبل القبض؟ إليه أشار في الأسرار.

(**وهو**)، أي: القياس (**قول الشافعي**)، وبه قال أحمد.

و(**لنا أن القبض**)، إلى آخره.

الْقَبُولِ فِي الْهِبَةِ، مِن حَيْثُ إِنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ ثُبُوتُ حُكْمِهِ وَهُوَ الْمِلْكُ، وَالْمَقْصُودُ مِنهُ إِثْبَاتُ الْمِلْكِ فَيَكُونُ الإِيجَابُ مِنهُ تَسْلِيطًا عَلَى الْقَبْضِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَبَضَ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ؛ لِأَنَّا إِنَّمَا أَثْبَتْنَا التَّسْلِيطَ فِيهِ إِلْحَاقًا لَهُ بِالْقَبُولِ، وَالْقَبُولُ يَتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ، فَكَذَا مَا يُلْحَقُ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا نَهَاهُ عَنْ الْقَبْضِ فِي الْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّ الدَّلَالَةَ لَا تَعْمَلُ فِي مُقَابَلَةِ الصَّرِيحِ.

قَالَ: (وَتَنْعَقِدُ الْهِبَةُ بِقَوْلِهِ: وَهَبْتُ وَنَحَلْتُ وَأَعْطَيْتُ)؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ صَرِيحٌ فِيهِ، وَالثَّانِي مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ. قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَكُلَّ أَوْلَادِك نَحَلْتَ مِثْلَ هَذَا؟»

وقوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول، أي: القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع، وبه صرح في المبسوط، وأشار إليه في الإيضاح.

فكما أن الإيجاب في البيع يكون تسليطًا على [القبول، فكذا الإيجاب في الهبة يكون تسليطًا على](١) القبض الذي نزل منزلته.

فإن قيل: لو كان القبض بمنزلة القبول ينبغي أن لا يصح الأمر بالقبض بعد المجلس، كذا في مختلفات الغني.

قوله: (والمقصود منه)، أي: من عقد إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطًا على القبض وإن لم يأذن بالقبض صريحًا ليحصل مقصوده بخلاف البيع فإن القبض في البيع لإسقاط حق البائع في الحبس لثبوت الملك قبل القبض، وليس مقصود البائع بالبيع إسقاط حقه في الحبس، بل مقصوده أن يسلم العوض له وذلك بالحبس فلم يجعل البائع بإيجاب البيع راضيًا بإسقاط حقه في القبض، إليه أشار في المبسوط(٢).

وكذا القبض في الصدقة، والقرض، والرهن، والبيع الفاسد في المجلس يصح بلا إذن لافتقار الكل إلى القبض كالهبة.

قوله: (لأن الأول صريح فيه)، أي: في عقد الهبة، **(والثاني)**، أي: نحلت مستعمل فيه أي عقد الهبة، روي عن النعمان بن بشير أنه قال: نحلني أبي غلامًا

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٥٧).

وَكَذَلِكَ الثَّالِثُ، يُقَالُ: أَعْطَاك اللَّهُ وَوَهَبَك اللَّهُ: بِمَعْنًى وَاحِدٍ (وَكَذَا تَنْعَقِدُ بِقَوْلِهِ: أَطْعَمْتُك هَذَا الطَّعَامَ، وَجَعَلْتُ هَذَا الثَّوْبَ لَك، وَأَعْمَرْتُك هَذَا الشَّيْءَ، وَحَمَلْتُك عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ، إذَا نَوَى بِالحَمْلِ الهِبَةَ) أَمَّا الأَوَّلُ: فَلِأَنَّ الإِطْعَامَ إذَا أُضِيفَ إلَى مَا يُطْعَمُ عَيْنُهُ يُرَادُ بِهِ تَمْلِيكُ العَيْنِ، بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ: أَطْعَمْتُك هَذِهِ الأَرْضَ حَيْثُ تَكُونُ عَارِيَّةً؛ لِأَنَّ عَيْنَهَا لَا تُطْعَمُ فَيَكُونُ المُرَادُ أَكْلَ غَلَّتِهَا. وَأَمَّا الثَّانِي: فَلِأَنَّ حَرْفَ اللَّامِ لِلتَّمْلِيكِ. وَأَمَّا الثَّالِثُ: فَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فَمَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى فَهِيَ

وأنا ابن سبع سنين فأبت أمي إلا أن يشهد على ذلك رسول الله ﷺ، فحملني أبي على عاتقه إلى رسول الله ﷺ فأخبره بذلك، فقال عليه الصلاة والسلام: «**أَلَكَ ولدٌ سِواهُ؟**» فقال: نعم، فقال: «**أَكُلُّ نحَلْتَ مثلَ هذا؟**» فقال: لا، فقال: «**هذا جَورٌ**»(١)، كذا في المبسوط(٢)، ويجيء بعد.

قوله: (لأن عينه)، أي: عين الأرض على تأويل المذكور، وفي بعض النسخ: (**عينها لا تطعم**) فكان معناه أطعمتك ما يحصل منها فكان تمليكًا لمنفعة الأرض دون عينها فلأن حرف اللام للتمليك فكان معنى كلامه ملكت هذا الثوب لك، ألا ترى أن في التمليك ببدل لا فرق بين لفظ الجعل والتمليك، فكذا في التمليك بغير بدل، قال عليه الصلاة والسلام: «**مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى**»(٣)، الحديث، يقال: أعمرته دارًا أو أرضًا أو إبلًا إذا أعطيته إياها وقلت هي لك عُمرىَ [٢/ ٢٩٩/ أ] أو عُمرُك فإذا متَّ رجعَتْ إليَّ.

قال لبيد:

مَـا الـمـالُ إلاّ مُـعـمَـراتٌ وَدائِـعُ

والاسم: العُمْرَى، كذا في الصحاح(٤)، والمغرب(٥).

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٥٧ رقم ٢٥٨٦)، ومسلم (٣/ ١٢٤١ رقم ١٦٢٣).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٥٥).

(٣) أخرجه البخاري (٣/ ١٦٥ رقم ٢٦٢٥)، ومسلم (٣/ ١٢٤٦ رقم ١٦٢٤) من حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنه.

(٤) الصحاح تاج اللغة للجوهري (٢/ ٧٥٧).

(٥) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٣٢٨).

لِلْمُعَمَّرِ لَهُ وَلِوَرَثَتِهِ مِن بَعْدِهِ» وَكَذَا إِذَا قَالَ: جَعَلْت هَذِهِ الدَّارَ لَك عُمْرَى لِمَا قُلْنَا.

وَأَمَّا الرَّابِعُ: فَلِأَنَّ الحَمْلَ هُوَ الإِرْكَابُ حَقِيقَةً، فَيَكُونُ عَارِيَّةً لَكِنَّهُ يَحْتَمِلُ الهِبَةَ، يُقَالُ: حَمَلَ الأَمِيرُ فُلَانًا عَلَى فَرَسٍ، وَيُرَادُ بِهِ التَّمْلِيكُ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ نِيَّتِهِ.

(وَلَوْ قَالَ: «كَسَوْتُك هَذَا الثَّوْبَ» يَكُونُ هِبَةً)؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّمْلِيكُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿أَوۡ كِسۡوَتُهُمۡ﴾ [المائدة: ٨٩] وَيُقَالُ كَسَا الأَمِيرُ فُلَانًا ثَوْبًا: أَيْ مَلَّكَهُ مِنهُ (وَلَوْ قَالَ: مَنَحْتُك هَذِهِ الجَارِيَةَ كَانَتْ عَارِيَّةً) لِمَا رَوَيْنَا مِن قَبْلُ.

قوله: (ولورثته بعده)، أي: لورثة المعمر له بعد موته، يعني معناه وهَبْتُها لكَ، فإذا مِتَّ فهي لي، فهذا تمليك صحيح في الحال، وشرط الرجوع إليه وإلى ورثته باطل، ذكره في المبسوط[(١)].

ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية وكراهية التفضيل، والخلاف في كيفية التسوية، فعندنا والشافعي، ومالك يسوي بين الذكر والأنثى، وعند أحمد التسوية المستحبة أن يقسم بينهم ﴿لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ [النساء:١١]، وبه قال محمد، وعطاء، وشريح.

ولو فاضل بينهم جاز، ولا يجب أن يسترجع، وبه قال الشافعي، ومالك، والثوري، وقال أحمد، وداود: يجب أن يسترجع لحديث النعمان بن بشير؛ فإنه قال في رواية: «فأرجِعْهُ»، وفي رواية: «فَارْدُدْهُ»، فإنه سماه جورًا، وأمر برده.

وقلنا: في حديثه: «أَشْهِدْ علَى هَذا غَيْرِي»، فقد أمره بتأكيدها، وهذا دليل عدم وجوب الرجوع، ولهذا خص أبو بكر رضي الله عنه لعائشة عداد عشرين[(٢)] وسقًا ثم قال: "ما قبضتيه"، فعلم أن بالقبض لا يجب الرجوع، قال تعالى: ﴿أَوۡ كِسۡوَتُهُمۡ﴾ [المائدة:٨٩]، والكفارة لا تتأدى إلا بتمليك العين بالإجماع.

(لما روينا)، وفي بعض النسخ: (لما روينا من قبل)، وأراد بهما ذكر في كتاب العارية المنحة مردودة ناقلًا عن المغرب[(٣)]: أن المنحة هي الشاة، أو الإبل، يعطيها الرجل آخر ليشرب لبنها ثم يردها، ثم كثر استعماله حتى قيل في

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٩٥).

(٢) في الأصل: (عشر)، والمثبت من النسخة الثانية، وقد تقدم هذا الأثر.

(٣) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٤٤٧).

(وَلَوْ قَالَ: دَارِي لَك هِبَةٌ سُكْنَى، أَوْ سُكْنَى هِبَةٌ: فَهِيَ عَارِيَّةٌ)؛ لِأَنَّ العَارِيَّةَ مُحْكَمٌ فِي تَمْلِيكِ المَنْفَعَةِ، وَالهِبَةُ تَحْتَمِلُهَا وَتَحْتَمِلُ تَمْلِيكَ العَيْنِ، فَيُحْمَلُ المُحْتَمَلُ عَلَى المُحْكَمِ، (وَكَذَا إِذَا قَالَ: عُمْرَى سُكْنَى، أَوْ نُحْلَى سُكْنَى، أَوْ سُكْنَى صَدَقَةً،

كل من أعطى شيئًا: مَنَحَ، فعلم أن العارية معناه اللغوي، والشرع مبني عليه، ولكن إذا نوى التمليك يثبت لأنه يحتمله.

قوله: (داري لك هبة) بنصب هبة على الحال، وكذا في **قوله**: (سكنى هبة) بالنصب على الحال، أو بالتمييز فيهما فهي عارية، وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد وأكثر أهل العلم؛ لأن قوله (**داري لك**) ظاهرة في تمليك الرقبة، ويحتمل تمليك المنفعة، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام مرَّ بحائط فأعجبه فقال: «**لِمَنْ هَذا؟**» قال: رافع بن خديج: لي استأجرته، فقال عليه الصلاة والسلام: «**لا تَسْتأجِرْهُ بشَيْءٍ مِنْهُ**»، ولهذا لو حلف لا أسكن دار فلان يحنث بالإجارة والإعارة، فثبت أن لام الملك تحتمل تمليك المنفعة، فكان أول كلامه محتملًا تمليك السكنى.

وقوله: (**سكنى محكم في تمليك المنفعة**)؛ لأنه لا يحتمل تمليك الرقبة، وأنه خرج تفسيرًا لأول الكلام فيعتبر به حكم أول الكلام، وصار المحكم قاضيًا على المحتمل وكأنه قال: سكنى داري لك، فيكون عارية.

قوله: (**لأن العارية محكم**)، ومن حق الكلام أن يقول: لأن السكنى محكم في تمليك المنفعة كما ذكره في المبسوط، فإنه ذكر: لأن السكنى محكم، ولكن ذكر بعد هذه المسائل.

وكذا لو قال: هي لك هبة عارية، أو عارية هبة فهي عارية، قدم لفظ الهبة أو أخّره لأنه محتمل يجوز أن يكون مراده هبة العين، ويجوز أن يكون مراده هبة المنفعة، وقوله: عارية تفسير لذلك المبهم لأنه في نفسه محكم[(١)].

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٩٦) وفيه: (وقوله: هبة سكنى، أو سكنى هبة، أو سكنى صدقة، فهذا كله عارية؛ لما بَيّنّا أن قوله: سكنى، تفسير للمجمل من كلامه؛ ألا ترى أنه لو قال: هي لك فاقبضها: كانت هبة، ولو قال: هي لك سكنى كانت عارية، وجعل قوله: سكنى تفسيرًا، وكذلك إذا زاد لفظة العُمرَى والهبة والصدقة، وإن قال: هي لك هبة عارية، أو هي عارية=

أَوْ صَدَقَةٌ عَارِيَّةٌ، أَوْ عَارِيَّةٌ هِبَةٌ) لِمَا قَدَّمْنَاهُ. (وَلَوْ قَالَ: هِبَةٌ تَسْكُنُهَا: فَهِيَ هِبَةٌ)؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: تَسْكُنُهَا مَشُورَةٌ وَلَيْسَ بِتَفْسِيرٍ لَهُ، وَهُوَ تَنْبِيهٌ عَلَى المَقْصُودِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: هِبَةٌ سُكْنَى؛ لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لَهُ.

قَالَ: (وَلَا تَجُوزُ الهِبَةُ فِيمَا يُقْسَمُ إِلَّا مَحُوزَةً مَقْسُومَةً، وَهِبَةُ المُشَاعِ فِيمَا لَا

ولما كان كذلك جاز أن يقع في قلب المصنف أنه ذكر لفظ العارية مقرونًا بلفظ الهبة كما علل في المبسوط فذكر هكذا، أو تقدير الكلام: لأن السكنى الموضوعة للعارية محكم في تمليك المنفعة.

وقوله: (هبة تسكنها)، في المبسوط: ولو قال: داري لك هبة تسكنها، أو قال: عُمْرَى تسكنها وسلمها إليه فهي هبة؛ لأن قوله تسكنها ليس بتفسير؛ إذ الفعل لا يصلح تفسيرًا للاسم، لكنه مشورة أشار عليه في ملكه، فإن شاء قبل مشورته وسكنها، وإن شاء لم يقبل، وهو بيان لمقصوده أنه ملك الدار عمره ليسكنها وإن لم يذكره لا يتغير به حكم التمليك، بمنزلة قوله: هذا الطعام لك تأكله، وهذا الثوب لك تلبسه، بخلاف قوله: هبة سكنى، أو سكنى هبة فإنه عارية لا تفسير له، فيجوز أن يتغير أول الكلام بآخره كما في الاستثناء والشرط.

قوله: (**إلا محوزة**)، ويعني بالمحوزة أن يكون مفرغًا عن أملاك الواهب حتى لا تصح هبة الثمر على رأس الشجر، والزرع في الأرض بدون الشجر والأرض، وكذا العكس عندنا، وعند الأئمة الثلاثة يجوز في الوجهين.

فقوله: (مقسومة) احترازًا عن المشاع، قيل: في الفرق بين ما يقسم وما لا يقسم كل شيء يضره [٢/ ٢٩٩/ب] التبعيض، ويوجب نقصانًا في ماليته فإنه لا يحتمل القسمة؛ كالدرهم، والدينار، فهبة بعضه جائز بلا خلاف.

وقيل: كل ما يفوت بالقسمة منفعته أصلًا كالعبد، أو حبس منفعته كالحمام، والرحى فهو لا يحتمل القسمة.

= هبة: فهي عارية، قدَّم لفظة الهبة، أو أخَّرها؛ لأنه محتمل لجواز أن يكون مراده هبة العين، ويجوز أن يكون مراده هبة المنفعة، وقوله: عارية، تفسير لذلك المبهم؛ لأنه في نفسه محكم لا يتناول إلا المنفعة).

يُقْسَمُ جَائِزَةٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجُوزُ فِي الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكٍ، فَيَصِحُّ فِي

وقيل: كل مشترك بين اثنين لو طلب أحدهما قسمته وأبى الآخر فالقاضي لا يجبره على القسمة فهو مما لا يحتمل القسمة.

ثم الشيوع المقارن للهبة فيما يحتمل القسمة مفسد لا الطارئ، حتى لو وهب شيئًا فرجع في بعضه تصح الهبة، والعبرة في الشيوع وقت القبض لا وقت العقد، حتى لو وهب مشاعًا، وسلم مقسومًا يجوز، وكذا لو وهب نصف الدار ولم يسلم ثم وهب النصف الآخر وسلمه جملة جازت الهبة، أو وهب تمرًا في نخل، أو زرعًا في أرض ثم سلم بعد ذلك مفرزًا يجوز، كذا في الذخيرة، وشرح الطحاوي، والإيضاح.

فعلى هذا قوله: (**لا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة**)[١] معدول عن ظاهره، معناه: لا تثبت الهبة الملك فيما يقسم إلا محوزة مقسومة؛ لأن الهبة في نفسها فيما يقسم وقعت جائزة، ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزًا، ويتوقف ثبوت الملك إلى أمر آخر لا يسمى أن العقد غير جائز كالبيع بشرط الخيار.

قوله: (**وقال الشافعي يجوز في الوجهين**)، أي: فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل، وبه قال مالك، وأحمد واحتجوا بقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، فهذا يقتضي أن الصداق لو كان عينًا يتنصف بالطلاق قبل الدخول، ويندب كل واحد من الزوجين إلى ترك الكل لآخر، وذلك من كل واحد هبة في المشاع.

وبما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: سمعت النبي ﷺ وقد جاءه رجل معه كبة من شعر فقال: أخذت هذه من المغنم لأصلح بها برذعة، فقال عليه الصلاة والسلام: «**ما كانَ لِي وَلِبَنِي عبدِ المُطّلب فهوَ لَك**»[٢]، وبما روي أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من النبي عليه الصلاة والسلام أن يرد

---

(١) انظر المتن ص ١٧٣.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٦٣ رقم ٢٦٩٤)، وأحمد (٢/ ١٨٤ رقم ٦٧٢٩).

قال الهيثمي: رواه أبو داود باختصار كثير. رواه أحمد، ورجال أحد إسناديه ثقات. مجمع الزوائد (٦/ ١٨٨).

الْمُشَاعِ وَغَيْرِهِ كَالبَيْعِ بِأَنْوَاعِهِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْمُشَاعَ قَابِلٌ لِحُكْمِهِ، وَهُوَ المِلْكُ فَيَكُونُ مَحَلًّا لَهُ، وَكَوْنُهُ تَبَرُّعًا لَا يُبْطِلُهُ الشُّيُوعُ كَالقَرْضِ وَالوَصِيَّةِ. وَلَنَا: أَنَّ القَبْضَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ فِي الهِبَةِ فَيُشْتَرَطُ كَمَالُهُ، وَالْمُشَاعُ لَا يَقْبَلُهُ إِلَّا بِضَمِّ غَيْرِهِ إِلَيْهِ،

عليهم ما غنمه منهم فقال عليه الصلاة والسلام: «**ما كانَ لِي وَلِبَنِي عبدِ المُطّلب فهوَ لَكُم**»، رواه البخاري [1]، وهذا هبة مشاع، ولأن الشائع محل لما هو موجب هذا العقد وهو الملك فيكون محلًّا للعقد؛ إذ الشرط في محل أضيف إليه العقد أن يكون محلًّا لحكم العقد وقد وجد، ولهذا يجوز فيما لا يحتمل القسمة بالإجماع.

قوله: (**كالبيع بأنواعه**)، أي: من الصحيح، والفاسد، والصرف، والسلم وغيرها.

قوله: (**قابل لحكم**) التمليك.

وقوله: (**وكونه تبرعًا**) إلى آخره، جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال: البيع لا يفتقر إلى القبض بخلاف الهبة فإنه عقد تبرع، ويحتاج إلى القبض، فلو قلنا بجوازه في المشاع يلزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة ولم يتبرع به، فقال: كونه عقد تبرع لا يمنعه الشيوع؛ كالقرض، والوصية؛ فإنه لو دفع ألفًا إلى رجل على أن يكون نصفه قرضًا ويعمل في النصف الآخر بشركته يجوز ذلك، مع أن القبض شرط لوقوع الملك في القرض.

ثم لا تشترط القسمة وكذا الوصية تبرع بعد الموت، والشيوع لا يمنعه، وكذا القبض شرط في البيع الفاسد عندكم، مع أنه يصح في الشائع، وكذا في بدل الصرف ورأس مال السلم فإن القبض شرط، والمشاع يصلح رأس مال السلم وبدل الصرف، وكذا يصح في المشاع الذي لا يحتمل القسمة مع أن القبض شرط.

قوله: (**أن القبض منصوص عليه**)، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**لا**

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٩٩ رقم ٢٣٠٧) بنحوه من حديث مروان بن الحكم، والمُسوَّر بن مخرمة رضي الله عنهما.
وأخرجه أبو داود (٣/ ٦٣ رقم ٢٦٩٤)، والنَّسائي (٦/ ٢٦٢ رقم ٣٦٨٨) بلفظه من حديث عمرو ابن شعيب، عن أبيه، عن جده رضي الله عنهم.

وَذَلِكَ غَيْرُ مَوْهُوبٍ، وَلِأَنَّ فِي تَجْوِيزِهِ إِلْزَامَهُ شَيْئًا لَمْ يَلْتَزِمْهُ، وَهُوَ مُؤْنَةُ القِسْمَةِ، وَلِهَذَا امْتَنَعَ جَوَازُهُ قَبْلَ القَبْضِ لِئَلَّا يَلْزَمَهُ التَّسْلِيمُ، بِخِلَافِ مَا لَا يُقَسَّمُ؛ لِأَنَّ القَبْضَ القَاصِرَ هُوَ المُمْكِنُ فَيُكْتَفَى بِهِ؛ وَلِأَنَّهُ لَا تَلْزَمُهُ مُؤْنَةُ القِسْمَةِ.

تَجوزُ الهِبةُ إلّا مَقبوضَةً»[1]، فيراعى وجوده على أكمل الجهات؛ كشرط استقبال القبلة في الصلاة لمّا كان منصوصًا عليه يشترط الكمال فيه، حتى لو استقبل الحَطِيم لا تجوز صلاته لأنه من البيت بالسنة، وهذا لأن الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتًا مطلقًا، وبدون الإطلاق لا يثبت الكمال.

ثم القبض مع الشيوع ثابت من وجه دون وجه؛ لأن القبض عبارة عن الحيازة وهو أن يصير الشيء في حيز القبض، والمشاع في حيزه من وجه دون وجه؛ لأنه في يده من وجه، وفي يد شريكه من وجه، فتمام الحيازة بالقسمة فيما يحتمل القسمة؛ لأنها إقرار في مكان عين، ولا سبيل إلى ذلك إلا بالاجتماع، ولا اجتماع إلا بالحيازة، فما لم يجتمع لا يصير محوزه على الحقيقة في يده.

(**وذلك**)، أي: المجتمع في ملكه غير [٢/ ٣٠٠/أ] موهوب؛ لأنه غير مشاع، والموهوب مشاع، فيمتنع تمام الحيازة لما هو له، ولأن ما للغير غير محوز له من طريق الحكم، فإذا لم تتحقق الحيازة في حق ملك الغير وحقه لا يصير محوزًا إلا بغيره صارت الحيازة ناقصة، فلا تنهض لإفادة الملك.

(**ولأن في تجويزه**)، أي: في تجويز عقد الهبة في المشاع (**التزامه**)، أي: للواهب المتبرع شيئًا لم يلزمه فيصير عقد التبرع سببًا لوجوب الضمان على المتبرع؛ لأنه لو ملك قبل القبض لطالبه بالتسليم إليه، وكذا لو ملكه قبل القسمة لطالبه بالقسمة، فيصير عقد التبرع[2] موجبًا ضمان المقاسمة عليه وهو خلاف موضوع التبرع، بخلاف ما لم يقسم؛ لأن القبض لا يتصور فيه إلا ناقصًا فيكتفى به؛ لأنا لو اعتبرنا الكمال فيه لانسد باب الهبة فيه، أما فيما يحتمل القسمة فيتصور التسليم فوقه فلا يكتفى بالقاصر منه.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) وقع في الأصل تكرار مقدار سطر، وضبطناه من النسخة الثانية.

وَالمُهَايَأَةُ تَلْزَمُهُ فِيمَا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ وَهُوَ المَنْفَعَةُ، وَالهِبَةُ لَاقَتْ العَيْنَ، وَالوَصِيَّةُ لَيْسَ مِن شَرْطِهَا القَبْضُ، وَكَذَا البَيْعُ الصَّحِيحُ، وَأَمَّا البَيْعُ الفَاسِدُ وَالصَّرْفُ وَالسَّلَمُ فَالقَبْضُ فِيهَا غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّهَا عُقُودُ ضَمَانٍ فَتُنَاسِبُ لُزُومَ مُؤْنَةِ القِسْمَةِ، وَالقَرْضُ ....

وقوله: (والمهايأة)، إلى آخره جواب سؤال يردُّ على قولنا أنه يلزم في جواره مؤنة القسمة وهو لم يتبرع به، وهو أن يقال: ينبغي أن لا يجوز فيما لا يحتمل القسمة؛ لأنه يلزم المهايأة وهو لم يتبرع به.

فقال: المهايأة تلزمه في المنفعة لا في العين، فلم يكن ذلك ضمانًا في عين ما تبرع به، بل هذه من ضرورات الانتفاع بملكه.

ولا يردّ على هذا ما لو أتلف الموهوب بعد التسليم حيث يضمن قيمته للموهوب له، لأن ذلك الضمان يلزمه بالإتلاف لا بعقد التبرع، وضمان المقاسمة هاهنا وإن كان بالملك فذلك الملك حكم الهبة فلا يمنع إضافة الضمان إلى الهبة، كما أن شراء القريب إعتاق وإن كان العتق بسبب الملك؛ لأن ذلك الملك حكمه، كذا في المبسوط[١].

وهذا التعليل لا يتمشى في جميع الفصول ذكره في المبسوط وأجيب بأن وجود العلة يراعى في جنس الحكم لا في كل صورة، وإليه أشار في الكتاب بقوله: (لأن الحكم يدار على نفس الشيوع).

قوله: (فالقبض فيها)، أي: في العقود الثلاثة **(غير منصوص عليه)**؛ لأن النص جاء باشتراط القبض فيها، أما قوله عليه الصلاة والسلام: «**بعدَ أنْ يكونَ يَدًا بيدٍ**»[٢] لبيان التعيين، إلا أن التعيين في الثمنين لا يحصل إلا بالقبض، وكذا في السلم قبض رأس المال للاحتراز عن الكالئ بالكالئ، فإذا لم يكن منصوصًا لا يشترط كماله، بل يراعى وجوده فقط؛ لأن القبض فيها شرط بقاء العقد على الصحة لا شرط الابتداء، والبقاء أسهل من الابتداء.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٦٥).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١١ رقم ١٥٨٧) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

تَبَرُّعٌ مِن وَجْهٍ وَعَقْدُ ضَمَانٍ مِن وَجْهٍ، فَشَرَطْنَا القَبْضَ القَاصِرَ فِيهِ دُونَ القِسْمَةِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ، عَلَى أَنَّ القَبْضَ غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهِ فِيهِ.

قوله: (تبرع من وجه) بدليل أنه لا يصح ممن لا يصح منه التبرع؛ كالصبي والعبد.

(وعقد ضمان من وجه) بدليل أن المستقرض مضمون بالمثل، فلا يبعد أن يتعلق به ضمان المقاسمة، ثم لشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض، ولشبهه بعقد الضمان لا يشترط فيه القسمة عملًا بالشبهين، ولأن شرط القبض فيه غير منصوص عليه ليراعى وجوده على أكمل الجهات، كذا في المبسوط[(١)].

وأما الجواب عن الآية أن المعقول حقيقة وذلك في الدين دون العين، وإسقاط الدين جائز مشاعًا كان أو غير مشاع؛ لأنه غير محتاج إلى القبض.

ثم في العين كل واحد منهما مندوب إلى العفو عندنا، ولكن بطريقة وذلك بأن يهب نصيبه لصاحبه بعد القسمة، وليس في الآية ما يمنع ذلك.

وكذا الجواب عن حديث وفد هوازن، يعني: «**مَا كانَ لِي ولِبَنِي عَبْدِ المُطَّلبِ بعدَ القِسْمَةِ لَكُم**»[(٢)]، مع أن هذا امتناع عن تمام الملك بالقبض.

وعن حديث الكبة الشعر[(٣)]، إنما قال ذلك عليه الصلاة والسلام على وجه المبالغة في النهي عن الغلول، أي: لا أملك إلا نصيبي فكيف أطيب لكم هذه الكبة من الغنيمة.

ألا ترى أنه لا يصح لواحد من الغانمين أن يهب نصيبه قبل القسمة؛ لأنه لا يدري أين يقع نصيبه؟ وكان ذلك مما لا يحتمل القسمة؛ فإن الكبة من الشعر إذا قسمت بين جند عظيم لا يصيب كل واحد منهما ما ينتفع به.

وأما الجواب عن قياسه بالبيع وغيره فقد ذكرنا الفرق بين الهبة وغيرها، فلا يصح القياس مع وجود الفارق المانع عن القياس، إليه أشار في المبسوط، والأسرار[(٤)].

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٦٦).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ٦٦).

(وَلَوْ وَهَبَ مِن شَرِيكِهِ لَا يَجُوزُ)؛ لِأَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَى نَفْسِ الشُّيُوعِ.

قَالَ: (وَمَنْ وَهَبَ شِقْصًا مُشَاعًا فَالهِبَةُ فَاسِدَةٌ) لِمَا ذَكَرْنَا (فَإِنْ قَسَّمَهُ وَسَلَّمَهُ جَازَ)؛ لِأَنَّ تَمَامَهُ بِالقَبْضِ وَعِنْدَهُ لَا شُيُوعَ. قَالَ: (وَلَوْ وَهَبَ دَقِيقًا فِي حِنْطَةٍ، أَوْ دُهْنًا فِي سِمْسِمٍ: فَالهِبَةُ فَاسِدَةٌ، فَإِنْ طَحَنَ وَسَلَّمَ: لَمْ يَجُزْ) وَكَذَا السَّمْنُ فِي اللَّبَنِ؛ لِأَنَّ المَوْهُوبَ مَعْدُومٌ، ....

قوله: (لأن الحكم يدار على نفس الشيوع)، وهذا في [٢/ ٣٠٠/ ب] الحقيقة جواب عن قول ابن أبي ليلى فإن عنده هبة المشاع فيما يحتمل القسمة يجوز في الشريك لعدم استحقاق ضمان القسمة على المتبرع.

فقلنا: إن الحكم يدار على الشيوع فلا يلزم وجود حكمة الحكم في كل الصور، أو لعدم جواز الهبة في المشاع سببان، أحدهما: استحقاق ضمان القسمة، والثاني: أن القبض ناقص في الشائع، ولهذا قلنا إن التعليل بنقصان القبض يتمشى في كل الصور.

قوله: (فالهبة فاسدة)، وفي النهاية: لفظ الفساد هاهنا معدول عن ظاهره، بل معناه الهبة لا تثبت الملك، كما ذكرنا في أول المسألة.

ومعنى قوله: (جاز)، أي: يثبت الملك حينئذ.

ثم في الهبة الفاسدة لو قبضه مشاعًا هل يضمنه الموهوب له عند الهلاك؟ ذكر ابن رستم أنه يضمن ولا يفيد الملك، وبه أخذ الطحاوي، وقال عصام: يفيد الملك ولا تكون مضمونة في يده، وبه أخذ بعض المشايخ، كذا في فتاوى قاضي خان[١].

قوله: (لأن الموهوب معدوم)، والعقد المضاف إلى المعدوم لغو، فلا ينعقد العقد إلا بالتجديد.

فإن قيل: الدهن إن لم يكن موجودًا في السمسم قبل العصر وجب أن يجوز بيع الدهن بالسمسم مطلقًا بلا اشتراط أن يكون الدهن الصافي أكثر مما في السمسم، ويجوز بيعه بالاعتبار، فدل أن الدهن موجود فيه.

---

(١) فتاوى قاضي خان (٣/ ١٤٦).

وَلِهَذَا لَوْ اسْتَخْرَجَهُ الغَاصِبُ بِمِلْكِهِ، وَالمَعْدُومُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْمِلْكِ، فَوَقَعَ العَقْدُ بَاطِلًا، فَلَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِالتَّجْدِيدِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ المُشَاعَ مَحَلٌّ لَلتَّمْلِيكِ، وَهِبَةُ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ، وَالصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الغَنَمِ، وَالزَّرْعِ وَالنَّخْلِ فِي الأَرْضِ، وَالتَّمْرِ فِي النَّخِيلِ: بِمَنْزِلَةِ المُشَاعِ؛ ....

قلنا: حدوث الدهن يضاف إلى العصر لأنه آخر المدارين، إلا أنه لا بد من وجود الدهن لا محالة فتثبت شبهة ثبوته بالسمسم قبل العصر، والشبهة كالحقيقة في باب الربا ولكن لا يكتفى لصحة الهبة.

فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز البيع بالاعتبار أيضًا؛ لأن العقد لا ينعقد إلا في الموجود.

قلنا: هذا لا يلزمنا لأن كل واحد من الدهن والسمسم موجود فلا يكون بيع الموجود بالمعدوم، وفيه نوع تأمل.

بخلاف ما تقدم وهو المشاع فإنه ينقلب العقد جائزًا لأن المشاع موجود وقت العقد، ويتصور القبض منه لكن لا على سبيل الكمال، ولهذا يصح بيعه بالإجماع.

قوله: (وهبة اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم) إلى قوله: (بمنزلة المشاع)، يعني لا يجوز كما في المشاع، ويجوز عند الأئمة الثلاثة.

ثم عندنا إذا حلب اللبن، وجز الصوف وسلّمه، وقبضه الموهوب له يملكه استحسانًا؛ كما في المشاع إذا وهبه وسلّمه، وكذا لو قطع الثمر والزرع وسلمها؛ لأن امتناع الجواز للاتصال لا لكونها معدومًا، بدليل أن الصوف على ظهر الغنم، واللبن في الضرع محل للتمليك حتى يجوز الصلح عليه عند أبي يوسف، وباعتبار كونه بمنزلة الشائع وبالفصل ينعدم الشيوع، كذا في المبسوط[1].

وفي الذخيرة: الأصل في جنس هذه المسائل أن اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام القبض، والقبض الناقص يمنع صحة الهبة؛ كما في المشاع

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٦٧).

لِأَنَّ امْتِنَاعَ الجَوَازِ لِلِاتِّصَالِ وَذَلِكَ يَمْنَعُ القَبْضَ كَالشَّائِعِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ العَيْنُ فِي يَدِ المَوْهُوبِ لَهُ: مَلَكَهَا بِالهِبَةِ، وَإِنْ لَمْ يُجَدِّدْ فِيهَا

عندنا، وذلك لأن الموهوب ما دام مشغولًا بملك الواهب كانت يد الواهب قائمة عليه، وقيام يده عليه تمنع تمام يد الموهوب، فيمنع إتمام قبضه.

فإذا ثبت هذا لو وهب دارًا فيها متاع الواهب، أو وهب جرابًا أو جوالقًا فيها طعام الواهب فالهبة غير تامة فتقع فاسدة، ولا معتبر بالشغل وقت العقد إذا وقع التسليم فارغًا مفرزًا، ويعتبر الإذن بالقبض بعد التفرغ، ولا يكفي قوله: سلمتها إليك، مع الشغل.

أما لو وهب ما في الدار وما في الجوالق والجراب من الطعام فالهبة تامة؛ لأن الموهوب هاهنا شاغل لملك الواجب، وليس بمشغول بملكه، وذلك لا يوجب يدًا للواهب، أكثر ما فيه أن يد الواهب قائمة على الدار، والجوالق والجراب والمتاع والطعام فيها، إلا أن هذه الأشياء تابعة، وآلة تحفظ ما فيها، وقيام اليد على التبع لا يوجب قيام اليد على الأصل، ولا كذلك المسألة الأولى.

ونظيره ما لو وهب جارية وعليها حُلِيّ فوهبها دون حُليِّها وسلّمها، فالهبة فيها تامة، وكذا الدابة وعليها سرج، أو لجام، أو وهب السرج واللجام دون الدابة.

قوله: (**وإذا كانت [٢/ ٣٠١/ أ] العين في يد الموهوب له ملكها**)، ولا يعلم فيه خلاف، والأصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر؛ لأن التجانس دليل التشابه، والمتشابهان ينوب كل واحد عن الآخر، وإذا تغايرا ناب الأعلى عن الأدنى؛ لأن في الأعلى ما في الأدنى وزيادة، فوجد القبض المحتاج إليه وزيادة شيء.

والأدنى لا ينوب عن الأعلى؛ لأن الأدنى مع الأعلى قدر بعضه، والمحتاج إليه كله ولم يوجد فلا ينوب، وهذا معنى قولهم: ومتى اختلف القبضان ناب المضمون عن غير المضمون، ولا ينوب غير المضمون عن المضمون، فعلى هذا لو كانت في يده وديعة أو عارية أو أمانة فوهبه منه يملكه،

قَبْضًا)؛ لِأَنَّ العَيْنَ فِي قَبْضِهِ وَالقَبْضُ هُوَ الشَّرْطُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ مِنهُ؛ لِأَنَّ القَبْضَ فِي البَيْعِ مَضْمُونٌ فَلَا يَنُوبُ عَنْهُ قَبْضُ الأَمَانَةِ، أَمَّا قَبْضُ الهِبَةِ فَغَيْرُ مَضْمُونٍ فَيَنُوبُ عَنْهُ.

قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ الأَبُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ هِبَةً: مَلَكَهَا الِابْنُ بِالعَقْدِ)؛ لِأَنَّهُ فِي قَبْضِ الأَبِ، فَيَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الهِبَةِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ أَوْ فِي يَدِ مُودِعِهِ؛

ولا يحتاج إلى قبض آخر، ولو باعه منه لا ينوب هذا القبض عن قبض البيع؛ لأن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان، كذا في شرح الطحاوي، والذخيرة[١].

وذكر أبو نصر في شرحه: لو كان مضمونًا في يده بغيره كالمبيع والمرهون لا ينوب عن قبض الواجب بالهبة، ولا بد من تجديد القبض، ولو كان مضمونًا في يده بالقيمة والمِثْلِ كالمقبوض على سوم الشراء والمغصوب فوُهِبَ له، ثبت الملك، ولا يحتاج إلى تجديد القبض؛ لوجود أصل القبض وزيادة، والقبض الجديد أن يرجع إلى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن من قبضه.

قوله: (ولو وهب لابنه الصغير) إلى آخره، وفي المبسوط: وهب لابنه شيئًا معلومًا في يده جاز ذلك، وقبض الأب يكفي فيه بلا قبول الأب، والإشهاد عليه للاحتياط والتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته، أو بعد إدراكه[٢].

وفي الذخيرة: تصح الهبة من غير قبول الأب إذ كل عقد يتولاه الواحد يكتفى فيه بالإيجاب؛ كبيع الأب ماله لابنه الصغير.

(لأنه في قبض الأب)، أي: الموهوب في قبضه فينوب عن قبض الابن الصغير ولا يعلم فيه خلاف.

وقال ابن عبد البر: أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج إلى قبض جديد[٣].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ٢٤٨)، والبناية شرح الهداية للعيني (٨/ ١٦٣).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٦١).
(٣) التمهيد (٧/ ٢٤١).

لِأَنَّ يَدَهُ كَيَدِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مَرْهُونًا أَوْ مَغْصُوبًا، أَوْ مَبِيعًا بَيْعًا فَاسِدًا؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ أَوْ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ، ....

أما هل يحتاج إلى القبول لابنه فقال الشافعي، والقاضي الحنبلي: لا بد أن يقول بعد قوله: وهبته له، قبلته، وظاهر مذهب أحمد لا يحتاج إلى هذا كقولنا[١]، وقال مالك: لو وهبه ما لا يعرف بعينه كالأثمان، إلا أن يضعها على يد غيره ويشهد عليه، وعند القاضي لا فرق بين الأثمان وغيرها[٢].

قوله: **(لأن يده)**، أي: يد المودَع **(كيده)**، أي: كيد المودِع حكمًا فيمكن أن يجعل قابضًا لولده باليد التي هي قائمة مقام يده.

فإن قيل: لو وهب الوديعة من المودَع يجوز، فلو كانت يده كيد المودِع لم يكن قابضًا لنفسه.

قلنا: اليد للمودَع حقيقة، فباعتبار هذه الحقيقة نجعله قابضًا لنفسه بحكم يده، ويده قامت مقام يد المودِع ما دام هو في الحفظ عاملًا للمودِع، وذا قبل التمليك بالهبة، فأما بعده فهو عامل لنفسه.

قوله: **(لأنه في يد غيره)**، أي: غير الأب فلا ينوب قبض المرتهن والغاصب عن قبض الهبة للولد.

وقوله: **(لأنه في يده)** كلام تام باسم أن، وخبره: **(أو في ملك غيره)**، أي: الموهوب في ملك غير الأب، أي: في البيع الفاسد فلا ينوب قبض المشتري بالشراء الفاسد عن قبض الهبة للولد.

وفي الذخيرة: أرسل غلامه في حاجة، ثم بعد الإرسال وهبه صحت الهبة إذ بعد الإرسال في يد مولاه حكمًا، فلو لم يرجع العبد حتى مات الأب فالعبد للولد، ولا يصير ميراثًا، وكذا لو وهب عبدًا آبقًا له من ابنه الصغير، فما دام مترددًا في دار الإسلام تجوز الهبة، والأب قابض له بنفس الهبة.

وفي المنتقى: عن محمد: لو وهبه داره لابنه الصغير وفيها ساكن بأجر لا

---

(١) انظر: الإنصاف للمرداوي (٧/ ١٢٥).

(٢) انظر: المدونة لابن القاسم (٤/ ٤٠٨)، والبيان والتحصيل لابن رشد (١٣/ ٣٥٩).

وَالصَّدَقَةُ فِي هَذَا مِثْلُ الهِبَةِ، وَكَذَا إِذَا وَهَبَتْ لَهُ أُمُّهُ وَهُوَ فِي عِيَالِهَا وَالأَبُ مَيِّتٌ وَلَا وَصِيَّ لَهُ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ يَعُولُهُ.

(وَإِنْ وَهَبَ لَهُ أَجْنَبِيٌّ هِبَةً: تَمَّتْ بِقَبْضِ الأَبِ)؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ عَلَيْهِ الدَّائِرَ بَيْنَ النَّافِعِ وَالضَّائِرِ، فَأَوْلَى أَنْ يَمْلِكَ المَنَافِعَ.

يجوز، ولو كان بغير أجر يجوز؛ إذ يد الساكن بأجر يمنع قبض غيره فيمنع تمام الهبة، وبغير أجر لا يمنع فلا يمنع تمام الهبة.

قوله: (وكذا كل من يعوله)؛ كالأخ، والعم، والأجنبي، أي: قبض الهبة يصح لأجل اليتيم كل من يعوله، وعند الأئمة الثلاثة: إذا وهب للصبي غير الأب من الأولياء لا بد أن يوكل من يقبله له، ويقبضه له؛ ليكون الإيجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع، بخلاف الأب فإنه يجوز أن يوجب [٢/ ٣٠١/ ب]، ويَقْبَلَ، ويقبض لكونه يجوز أن يبيع لنفسه.

قال ابن قدامة الحنبلي: والصحيح عندي أن الأب وغيره في هذا سواء، كقولنا لأنه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله فجاز له أن يتولى طرفيه كالأب، بخلاف البيع فيكون عاقد لنفسه(١).

وفي النهاية: أطلق في الكتاب فقال: يصح من كل من يعوله، ولكن ذكر في الإيضاح: إذا كان الأب أو وصيه، أو الجد أو وصيه في الحياة لا يجوز قبض غيرهم ممن يعوله من الأجنبي، أو ذي رحم محرم؛ لأن ولاية التصرف لهؤلاء الأربعة، فقيام ولاية من يملك التصرف في ماله تمنع ثبوت حق القبض له لغيرهم.

فإن لم يكن أحد من هؤلاء الأربعة جاز قبض من في عياله؛ لأنه إذا كان في عياله فله عليه ضرب ولاية، ولهذا يؤدبه، ويسلمه في الصناعة، وله حق الحضانة، ولا يجوز قبض من ليس في عياله وإن كان ذا رحم محرم لفوات الولاية، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وعندهم يجوز للحاكم أو أمينه بأمره أن يقبض للصبي.

---

(١) المغني لابن قدامة (٦/ ٥١).

قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ لِلْيَتِيمِ هِبَةً فَقَبَضَهَا لَهُ وَلِيُّهُ، وَهُوَ وَصِيُّ الأَبِ أَوْ جَدُّ الْيَتِيمِ أَوْ وَصِيُّهُ جَازَ)؛ لِأَنَّ لِهَؤُلَاءِ وِلَايَةً عَلَيْهِ لِقِيَامِهِمْ مَقَامَ الأَبِ (وَإِنْ كَانَ فِي حِجْرِ أُمِّهِ فَقَبْضُهَا لَهُ جَائِزٌ)؛ لِأَنَّ لَهَا الوِلَايَةَ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى حِفْظِهِ وَحِفْظِ مَالِهِ. وَهَذَا مِن بَابِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى إِلَّا بِالمَالِ فَلَا بُدَّ مِن وِلَايَةِ التَّحْصِيلِ (وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي حِجْرِ أَجْنَبِيٍّ يُرَبِّيهِ)؛ لِأَنَّ لَهُ عَلَيْهِ يَدًا مُعْتَبَرَةً. أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَتَمَكَّنُ أَجْنَبِيٌّ آخَرُ أَنْ يَنْزِعَهُ مِن يَدِهِ فَيَمْلِكُ مَا يَتَمَحَّضُ نَفْعًا فِي حَقِّهِ (وَإِنْ قَبَضَ الصَّبِيُّ الهِبَةَ بِنَفْسِهِ: جَازَ) مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ عَاقِلًا؛ لِأَنَّهُ نَافِعٌ فِي حَقِّهِ وَهُوَ مِن أَهْلِهِ. وَفِيمَا وُهِبَ لِلصَّغِيرَةِ: يَجُوزُ قَبْضُ زَوْجِهَا لَهَا بَعْدَ الزِّفَافِ لِتَفْوِيضِ الأَبِ أُمُورَهَا إِلَيْهِ دَلَالَةً، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الزِّفَافِ، ....

قوله: (وهو)، أي: الصبي (من أهله)، أي: من أهل تصرف يتمحض بفعاله.

وفي المبسوط: هذا جواب الاستحسان وهو قولنا، أما في القياس لا يجوز قبضه بنفسه وإن كان عاقلًا، وهو قول الشافعي لأنه لا معتبر بعقله قبل البلوغ؛ لأن ولاية الغير عليه لا تزول عنه قبل البلوغ، خصوصًا فيما يمكن تحصيله بفعل الغير؛ لأن اعتبار عقله للضرورة، ولا ضرورة فيما يمكن تحصيله بفعل الغير، وفيما لا يمكن تحصيله بفعل الغير كإسلامه، واختياره أحد الأبوين، ووصيته يعتبر عقله لدفع الضرر عنه.

وجه الاستحسان: أن عدم اعتبار عقله للنظر ودفع الضرر عنه، وذلك فيما كان مترددًا بين النفع والضرر، أما في النافع المحض يعتبر عقله، ويلحق بالبالغ كما في كسبه للمباحات(١)، وبه قال أحمد، وفي رواية عن أحمد: إن قبضه بإذن الولي صح.

قلنا: يصح قبضه بحضور الأب وبغير حضوره لأنه ينفتح عليه بأمان في تحصيل هذه المنفعة ولهذا يملك بقبض الأب أيضًا.

قوله: (بعد الزفاف)، لأن قبل الزفاف لا يكون له عليها يد مستحقة، وبعده

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٦٢).

وَيَمْلِكُهُ مَعَ حَضْرَةِ الأَبِ، بِخِلَافِ الأُمِّ وَكُلِّ مَنْ يَعُولُهَا غَيْرُهَا حَيْثُ لَا يَمْلِكُونَهُ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الأَبِ أَوْ غَيْبَتِهِ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَ هَؤُلَاءِ لِلضَّرُورَةِ لَا بِتَفْوِيضِ الأَبِ، وَمَعَ حُضُورِهِ لَا ضَرُورَةَ.

قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ اثْنَانِ مِن وَاحِدٍ دَارًا جَازَ)؛ لِأَنَّهُمَا سَلَّمَاهَا جُمْلَةً، وَهُوَ قَدْ قَبَضَهَا جُمْلَةً، فَلَا شُيُوعَ (وَإِنْ وَهَبَهَا وَاحِدٌ مِن اثْنَيْنِ: لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ،

يكون له عليها يد مستحقة؛ لأنه يعولها، فقد ذكر الزفاف في الكتاب، وذكر في الإيضاح الدخول.

وفي الذخيرة: وشرط في قبض الزوج على زوجته الصغيرة أن يكون يجامع مثلها، حتى لو لم يجامع مثلها لا يصح قبض الزوج عليها عند بعض أصحابنا، والصحيح أنه إذا كان يعولها يصح قبضه عليها يجامع مثلها أو لا[(١)]؛ لأنه لما زفت إليه أقام الأب الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها، وقبض الهبة من باب الحفظ، ولكن بهذا لا تمتنع ولاية الأب، حتى إذا قبض الأب صح أيضًا لقيام ولايته، وليس هذا كصغير سلمه أبوه إلى أجنبي يعوله؛ لأنه لا يثبت له عليه استحقاق اليد، ولا كذلك الزوج، ولو أدركت لم يجز قبض الزوج والأب لأنها صارت ولية نفسها حتى بلغت عاقلة، كذا في المبسوط[(٢)].

وقوله: (في الصحيح) متعلق بقوله: (ويملكه) أي الزوج مع (حضرة الأب)، وهذا احترازًا عما ذكر في الإيضاح بقوله: وتأويل المسألة أن قبض الزوج إنما يصح إذا لم يكن الأب حيًّا، هكذا ذكر في الحاكم في مختصره.

وبقوله: (لا بتفويض الأب) يحترز عن تصرف الزوج، لما ذكرنا أن ولاية الزوج بتفويضه أمورها دلالة إليه، أما قبض غير الأب عليه إنما يصح للضرورة، ولا ضرورة عند حضور من له ولاية عليه، كذا في المبسوط[(٣)].

قوله: (وإن وهب اثنان لواحد) إلى آخره لا خلاف فيه لأحد.

---

(١) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٩/ ٣٩).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٦٢).
(٣) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٦٢).

وَقَالَا: يَصِحُّ)(*)؛ لِأَنَّ هَذِهِ هِبَةُ الجُمْلَةِ مِنهُمَا، إِذْ التَّمْلِيكُ وَاحِدٌ فَلَا يَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ، كَمَا إِذَا رَهَنَ مِن رَجُلَيْنِ. وَلَهُ: أَنَّ هَذِهِ هِبَةُ النِّصْفِ مِن كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا، وَلِهَذَا لَوْ كَانَتْ فِيمَا لَا يُقَسَّمُ فَقَبِلَ أَحَدُهُمَا صَحَّ، وَلِأَنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا فِي النِّصْفِ فَيَكُونُ التَّمْلِيكُ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ حُكْمُهُ، وَعَلَى هَذَا الِاعْتِبَارِ يَتَحَقَّقُ

قوله: (وقالا)، أي: أبو يوسف ومحمد، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

(كما إذا رهن من رجلين)، يعني رهن داره من رجلين مشاع لا تحتمل القسمة، ولأن الشيوع إنما يؤثر إذا وجد في الطرفين جميعًا، فأما إذا حصل في أحد الطرفين فلا يؤثر؛ لأنه لا يلحق بالمتبرع ضمانًا، وأبو حنيفة يقول - وهو قول زفر -: إن هذه هبة النصف، ولهذا يثبت الملك في النصف لهذا، وفي النصف لهذا بالإجماع، ومتى ثبت الملك لهما شائعًا ثبت أن التمليك وقعه شائعًا إذ الملك حكم التمليك، ومتى حكمنا بثبوت الملك في النصف لهذا، وفي النصف لهذا فقد حكمنا بأنه تمليك النصف من هذا، والنصف من [٢/ ٣٠٢/أ] هذا فقد تحقق الشيوع، وذلك غير موجب للملك فيما يحتمل القسمة، وصار كما لو وهب النصف لكل واحد بعقد على حدة.

فإن قيل: التمليك يحصل بالتسليم، ولا شيوع فيه دون القبض، والملك يتعلق بالقبض لنفي الضمان عن المتبرع فوجب أن يعتبر جانبه - وهو التسليم - لا جانب القبض.

قلنا: التسليم إنما يعتبر إذا حصل به التمكن من القبض على سبيل الكمال، ولأنه طريق للقبض، فإذا لم يتمكن هو من القبض بصفة الكمال لم يعتبر التسليم، كذا في المبسوط، والإيضاح(١).

قوله: (ولهذا لو كانت)، أي: الهبة فيما لا يحتمل القسمة فقبل أحدهما صح وإن لم يقبل الآخر، بخلاف ما إذا باع من اثنين فقبل أحدهما حيث لا يصح.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٦٧).

الشُّيُوعُ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ الحَبْسُ، وَيَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا كَامِلًا، إِذْ لَا تَضَايُفَ فِيهِ فَلَا شُيُوعَ، وَلِهَذَا لَوْ قَضَى دَيْنَ أَحَدِهِمَا لَا يَسْتَرِدُّ شَيْئًا مِن الرَّهْنِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى مُحْتَاجَيْنِ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ، أَوْ وَهَبَهَا لَهُمَا جَازَ، وَلَوْ تَصَدَّقَ بِهَا عَلَى غَنِيَّيْنِ، أَوْ وَهَبَهَا لَهُمَا: لَمْ يَجُزْ، وَقَالَا: يَجُوزُ لِلْغَنِيَّيْنِ أَيْضًا) جَعَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مَجَازًا عَنْ الآخَرِ، وَالصَّلَاحِيَّةُ ثَابِتَةٌ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا تَمْلِيكٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ، وَفَرَّقَ بَيْنَ الصَّدَقَةِ وَالهِبَةِ فِي الحُكْمِ.

قوله: (بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس)، ويتصور أن يكون ملك الحبس ثابتًا لكل واحد على الكمال؛ إذ لا تضايق في الحبس، فيجوز أن يكون العين محبوسًا بحق هذا على الكمال، وبحق هذا على الكمال بخلاف ملك العين فإنه لا يتصور إثباته لكل واحد على الكمال، وبخلاف الإجارة من رجلين فإنها جائزة عنده، مع أن إجازة نصف الدار باطلة؛ لأن المانع ثمة استحقاق عود المستأجر إلى يد المؤجر في مدة الإجارة بحكم المهايأة، وذا لا يوجد في الإجارة من اثنين.

ولهذا جاز إجارة أحد الشريكين من شريكه بخلاف الهبة، ولأن المانع من إجارة المشاع تعذر استيفاء المنفعة التي ينالها العقد من الجزء الشائع وذلك لا يوجد في الإجارة من اثنين، وعدم جواز الهبة من اثنين باعتبار نقصان القبض بسبب الشيوع لا باعتبار ضمان المقاسمة على المتبرع، والدليل على أنه لا اعتماد هنا على انتفاء ضمان المقاسمة عن الواهب أن اثنين لو وهبا لاثنين على أن يكون نصيب أحدهما لأحدهما بعينه، ونصيب الآخر للآخر بعينه لا يجوز بالإجماع، وليس على الواهبين ضمان المقاسمة، كذا في المبسوط وغيره[١].

قوله: (جعل)، أي: أبو حنيفة، **(وفرق)**، أي: أبو حنيفة في رواية الجامع بين الصدقة والهبة في الحكم حيث جوّز الصدقة على الفقيرين، ولم يجوّز الهبة على الغنيين.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٦٨).

وَفِي الأَصْلِ سَوَّى بَيْنَهُمَا فَقَالَ: وَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ؛ لِأَنَّ الشُّيُوعَ مَانِعٌ فِي الفَصْلَيْنِ، لِتَوَقُّفِهِمَا عَلَى القَبْضِ. وَوَجْهُ الفَرْقِ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ: أَنَّ الصَّدَقَةَ يُرَادُ بِهَا وَجْهُ اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ وَاحِدٌ، وَالهِبَةُ يُرَادُ بِهَا وَجْهُ الغَنِيِّ وَهُمَا اثْنَانِ. وَقِيلَ: هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَالمُرَادُ بِالمَذْكُورِ فِي الأَصْلِ الصَّدَقَةُ عَلَى غَنِيَّيْنِ.

(**وفي الأصل**)، أي: المبسوط (**سوَّى**)، حيث لم يجوِّز الصدقة على شخصين مطلقًا بقوله: (**وكذلك الصدقة**)، أي: لا تجوز الصدقة على رجلين عنده كما لا تجوز الهبة، والظاهر أن المراد الصدقة على الفقيرين، وكان لفظ الصدقة هاهنا حقيقة.

قال الحاكم: يحتمل أن يكون مراده من قوله (وكذلك الصدقة) على الغنيَّين فيكون ذلك بمنزلة الهبة؛ لأن فعل الهبة للفقير صدقة، والصدقة على الغني هبة، والأظهر أن في المسألة روايتين، ووجه رواية الأصل ما بينا أن تمام الصدقة بالقبض كالهبة، وقبض كل واحد يلاقي شائعًا فلا تتم به الصدقة كما تتم به الهبة.

قوله: (على هذه الرواية)، أي: رواية الجامع الصغير أن الصدقة تقع لله تعالى، ولهذا لم يكن فيها رجوع، وإنما للفقير نيابة عن الله تعالى بحكم الرزق الموعود، وهو واحد لا شريك له، فلا يتمكن الشيوع فيها؛ كالهبة إذا وقعت لواحد وقبضها اثنان بحكم الوكالة عن الموهوب له فلا يمكن الشيوع، بخلاف الهبة.

ألا ترى أن جهالة المُتصدَّق عليه لا تمنع الهبة، حتى إذا أوصى بثلث ماله على الفقراء يجوز بخلاف ما لو أوصى لقوم لا يحصون من الفقراء وكذا إذا أوصى بعين لفلان وللفقراء فنصفه لفلان ونصفه للفقراء باعتبار أن الصدقة لله تعالى لا للفقير.

قوله: (وقيل...، والمراد من المذكور في الأصل الصدقة علىَ غَنِيَّين) فكان لفظ الصدقة حينئذ مجازًا عن الهبة، فعلى هذا التأويل لا مخالفة بين الروايتين فلا يحتاج إلى الفرق.

وَلَوْ وَهَبَ لِرَجُلَيْنِ دَارًا لِأَحَدِهِمَا ثُلُثَاهَا، وَلِلْآخَرِ ثُلُثُهَا: لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ. وَلَوْ قَالَ: لِأَحَدِهِمَا نِصْفُهَا، وَلِلْآخَرِ نِصْفُهَا، عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِيهِ رِوَايَتَانِ، فَأَبُو حَنِيفَةَ مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ، وَكَذَا مُحَمَّدٌ.

قوله: (وقال محمد يجوز)، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (عن أبي يوسف فيه روايتان)، وفي الذخيرة، والإيضاح وغيرهما: حاصل هذه المسائل عند أبي يوسف هو إن وهب لرجلين وأجمل ثم فصَّل - بالصاد المهملة -، وكان تفصيله على طريق التفاضل؛ كالثلث، والثلثين لا يجوز عنده، ولو فصَّل وسوى النصيبين يجوز عندهما خلافًا لأبي يوسف.

ولو ابتدأ بالنصف من غير سابقة الإجمال بأن قال: [٢/ ٣٠٢/ب] وهبت لهذا نصفها، ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف، ولكن ذكر في الكتاب عن أبي يوسف روايتان.

أما لو فصل ابتداءً على طريق التفاضل لم يذكر في هذا الكتاب فينبغي أن لا يجوز عندهما، كما لو فصل ابتداءً وسوى بين النصيبين على ما ذكره في عامة النسخ. **قوله: (فأبو حنيفة مر على أصله، وكذا محمد)**، لأن هذه هبة واحدة من رجلين نص على التفاضل، أو التساوي أو لا، ألا ترى أن في البيع من رجلين يجعل بيعًا واحدًا منهما نص على التفاضل أو لا، فكذا هاهنا.

وأبو يوسف يقول: إنما جوزنا الهبة لاثنين على تقدير أنه لم يقصد به إثبات الحكم في الأبعاض، فإذا نص على الأبعاض على التفاوت علمنا أن قصده إثبات الحكم في البعض لهذا، والبعض لهذا فيدخل فيه الشيوع، ولهذا جوزنا الرهن من اثنين عند عدم التعرض للأبعاض، وإذا تعرض بأن قال: رهنتكما هذا الشيء على أن يكون النصف رهنًا عند هذا، والنصف الآخر عند هذا كان فاسدًا؛ لأن بالتفصيل يتفرق العقد، فكذا هاهنا.

أما إذا نص على التناصف فقد أمكن تصحيح العقد بجعل هذا مجازًا عن موجب العقد؛ لأن مطلق العقد يقتضيه، فلا تكون حالة التفصيل مخالفًا لحالة الإجمال فيصير التفصيل لغوًا فلا يختلف العقد، فلم يعتبر شيوعًا في العقد، بخلاف ما إذا نص على التفاوت في العقد حيث يفسد العقد؛ لأن التفصيل

وَالفَرْقُ لِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ بِالتَّنْصِيصِ عَلَى الأَبْعَاضِ يَظْهَرُ أَنَّ قَصْدَهُ ثُبُوتُ المِلْكِ فِي البَعْضِ، فَيَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ، وَلِهَذَا: لَا يَجُوزُ إِذَا رَهَنَ مِن رَجُلَيْنِ وَنَصَّ عَلَى الأَبْعَاضِ.

مخالف الإجمال فيجب اعتباره فيتفرق العقد.

وفي الأسرار: وكلام محمد أوضح؛ لأن افتراق الملك في الهبة ثابتة بنفس العقد هاهنا، ولا يثبت بالتفصيل كما لو قال نصفين، وإنما يثبت بالتفصيل التفاصيل في النصيب، والمبطل للهبة نفس الشيوع لا شيوع بأنصباء متفاوتة، وتأخير دليل محمد في المبسوط دليل على أن اختياره قول محمد.

وفي النهاية: في تعليل أبي يوسف في قوله: **(أن التنصيص بالأبعاض يظهر)**، إلى آخره نوع إخلال حيث لم يعلم بما ذكر ما فيه موضع خلافه من الأبعاض، وما فيه خلاف من الأبعاض، فإنه لو نص على الأبعاض بطريق التنصيص بعد الإجمال كما لو قال: وهبتكما لهذا نصفها، ولهذا نصفها فهو جائز على ما ذكر في الأسرار، والذخيرة، والإيضاح، وإنما لا يجوز عنده التنصيص بالأبعاض إذا لم يتقدمه إجمال، وفي التنصيص بالأبعاض على التفاضل غير مشروط تقدم الإجمال، وأنه لا يجوز عنده.

وفي النتف: هبة رجل من رجلين على أربعة أوجه:

أحدها: أن يكون العقد مختلفًا والقبض مختلفًا.

وثانيها: أن يكون العقد معًا، والقبض مختلفًا، وكلاهما لا يجوز.

وثالثها: أن يكون العقد مختلفًا، والقبض معًا.

ورابعها: أن يكون كلاهما معًا بأن يقولا: قبلناها وقبضناها فهما لا يجوز عند أبي حنيفة خلافًا لهما، وهبة العين الواحدة لاثنين من اثنين لا يجوز عنده خلافًا لهما، ولو كان من واحد لثلاثة جاز عنده خلافًا لهما، قال صاحب المجتبى: وفيه نظر.

ولو وهب لابنيه صغير وكبير لا يجوز بالاتفاق لتفرق القبض.

وفي الكافي: وهب متاعًا في داره، وطعامًا في جرابه وسلّمهما بما فيه

بَابُ الرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ

قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ هِبَةً لِأَجْنَبِيٍّ: فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا رُجُوعَ

صحت الهبة في المتاع والطعام، وبالعكس لا يجوز؛ لأن الموهوب مشغول بملك الواهب فيمنع صحة الهبة، بخلاف ما لو كان شاغلًا لا يمنع التسليم فتصح الهبة.

ففي الفصل الأول الموهوب شاغل لا مشغول؛ لأن المظروف يشغل الظرف، وفي الثاني الموهوب مشغول بملك الواهب؛ لأن الظرف لا يشغل المظروف.

ولو وهب الدار ولم يسلّم حتى وهب المتاع، ووهب نصف دار ولم يسلّم حتى وهب النصف الآخر وسلم الكل جملة صحت الهبة بلا خلاف، وصار كأنه وهب الكل جملة، بخلاف ما إذا تفرق التسليم.

ولو وهب زرعًا في أرض، أو ثمرًا في شجر، أو حلية سيف، أو بناء دار، أو قفيزًا من صبرة وأمره بالحصاد، والجذاذ، والنزع، والقص، والكيل، وفعل، صح استحسانًا، ويجعل كأنه وهبه بعد الحصاد والجذاذ ونحوهما، وإن لم يأذن له بالقبض وفعل ضمن لأنه أفسد ملك غيره.

ولو وهب دارًا بمتاعها، ثم استحق المتاع صحت الهبة في الدار؛ لأنه بالاستحقاق ظهر أن يده في المتاع يد غصب، وصار كما لو [٢/٣٠٣/أ] غصب الدار والمتاع ثم وهب له الدار، أو أودعه الدار والمتاع ثم وهب له الدار فإنه يصح.

ولو وهب أرضًا وزرعًا وسلمها فاستحق الزرع بطلت الهبة في الأرض؛ لأن الزرع مع الأرض بحكم الاتصال كشيء واحد، فاستحقاق أحدهما كاستحقاق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة فتبطل الهبة في الباقي.

بَابُ الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ

لما ذكرنا أن الهبة غير لازم حتى يصح الرجوع فيها احتاج إلى بيان مواضع الرجوع.

قوله: (**هبة لأجنبي فله الرجوع**)، أي: إذا لم يكن شيء من الموانع التي

فِيهَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَرْجِعُ الوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ إِلَّا الوَالِدُ فِيمَا يَهَبُ لِوَلَدِهِ» وَلِأَنَّ الرُّجُوعَ يُضَادُّ التَّمْلِيكَ، وَالعَقْدُ لَا يَقْتَضِي مَا يُضَادُّهُ، بِخِلَافِ هِبَةِ الوَالِدِ لِوَلَدِهِ عَلَى أَصْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ التَّمْلِيكُ؛ لِكَوْنِهِ جُزْءًا لَهُ ....

يذكرها، وهذا بعد التسليم إذ قبل التسليم له الرجوع في كل المواضع.

ثم عند الشافعي لا رجوع في الهبة إلا للوالد فيما يهب لولده[١]، وبه قال مالك[٢]، وأحمد في ظاهر مذهبه[٣]، ثم في هبة الوالد لولده عن أحمد في رواية: لا يرجع، وعن مالك إذا رغب راغب في مواصلة الولد بسبب المال الموهوب بأن زوّج لأجله، أو جهر لابنيه لا رجوع فيه، وكذا إذا انتفع الولد به، وفي غير ذلك له الرجوع.

وللشافعي في غير الأب من الأصول قولان، أحدهما: لا رجوع؛ لأن الخبر ورد في الأب، وأصحهما: أنهم كالأب، كما أنهم كالأب في حصول العتق، ووجوب النفقة، وسقوط القصاص.

وعن مالك أنه لا رجوع لهم سوى الأم، وقال أحمد: لا رجوع لها أيضًا، فأما غير الأصول من الأقارب كالأخ، والعم، وسائر الأقارب كالأجنبي.

للشافعي قوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يَرجِعُ الواهِبُ**»[٤] الحديث، وفي رواية: «**لَا يَحِلُّ لِواهِبٍ**. . . .» الحديث.

وقال الترمذي: روى طاوس، عن ابن عمر وابن عباس يرفعان إلى النبي ﷺ أنه قال: «**ليسَ لأحدٍ أنْ يُعطِيَ عطيةً فيرجعَ فيها إلّا الوالدُ فيما يُعطِي لِوَلَدِهِ**»، وقال حديث حسن[٥].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٧/ ٥٤٥)، والوسيط للغزالي (٤/ ٢٧٣).

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/ ١٠٠٤)، والبيان والتحصيل لابن رشد (١٤/ ٦٠).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٥٥)، والإقناع للحجاوي (٣/ ٣٦).

(٤) انظر الحديث القادم.

(٥) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩١ رقم ٣٥٣٩)، والترمذي (٤/ ١٠ رقم ٢١٣٢) والنسائي (٦/ ٢٦٥ رقم ٣٦٩٠)، وابن ماجه (٢/ ٧٩٥ رقم ٢٣٧٧)، وابن حبان (١١/ ٥٢٤ رقم ٥١٢٣) من حديث ابن عباس، وابن عمر رضي الله عنهم.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وَلَنَا: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنهَا» أَيْ مَا لَمْ يُعَوَّضْ؛ وَلِأَنَّ المَقْصُودَ بِالعَقْدِ هُوَ التَّعْوِيضُ لِلْعَادَةِ، فَتَثْبُتُ لَهُ وِلَايَةُ الفَسْخِ عِنْدَ فَوَاتِهِ، إِذْ العَقْدُ يَقْبَلُهُ، ....

وقال عليه الصلاة والسلام: «**العائدُ فِي هِبتِهِ كالعائِدِ في قَيئِهِ**»[١]، ولأنه عقد تمليك فوجب أن يلزم كالبيع وهذا لأن الرجوع يضاد المقصود بالتمليك والعقد لا ينعقد موجبا ما يضاد المقصود به وإنما يثبت حق الرجوع فيما بين الولد والوالد[٢] لأن إخراجه عن ملكه لم يتم لأن الولد كسبه أو بعضه فلم يتم التمليك كما في الزكاة إليه أشار في الأسرار والمبسوط.

قوله: (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «الواهِبُ أحقُّ بِهبَتِهِ)[٣] إلى آخره، ولا يقال المراد منه قبل التسليم فلا يكون حجة لأنها تكون هبة حقيقة قبل التسليم؛ لأنه عليه الصلاة والسلام جعله أحق بها، وهذا يقتضي أن يكون لغيره فيه حق، وأضافها إلى الواهب باعتبار أنها كانت له، كما يقال: أكلنا خبز فلان الخبّاز، وإن كان اشتراه منه، ولكن هذا لا يكون إلزامًا على المالك؛ لأن القبض غير مشروط عنده لثبوت الملك، ولأن المقصود بالهبة التعويض والمكافأة عادة في الأجانب، ومنه: الأيادي قروض، قال قائلهم:

وإذا جُوزِيتَ قَرْضاً فاجْزِهِ ... إنّما يَجْزِي الفَتَى لَيسَ الجَمَل

أي الجاهل، يعني إنما يجاري العاقل لا الجاهل، والجمل مثل في البله ذكره في المُغْرِب، وقد تأيدت العادة بالشرع، قال عليه الصلاة والسلام: «**تَهادَوا تحابّوا**»[٤]، والمعروف كالمشروط والتفاعل يقتضي وجود الفعل من الجانبين.

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٥٨ رقم ٢٥٨٩)، ومسلم (٣/ ١٢٤١ رقم ١٦٢٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
(٢) هذا هو الصواب وفي المخطوط (الولد).
(٣) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٩٨ رقم ٢٣٨٧)، والدارقطني (٣/ ٤٦٠ رقم ٢٩٧٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
وضعفه ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/ ١٦٠)، والبوصيري في مصباح الزجاجة (٣/ ٥٨).
(٤) أخرجه البخاري في "الأدب المفرد" (٥٩٤)، وأبو يعلى في "المسند" (١١/ ٩ رقم ٦١٤٨)، والبيهقي في "السنن الكبرى" (٦/ ١٦٩ رقم ١٢٢٩٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
قال العراقي: سنده جيد. "تخريج أحاديث الإحياء" (١٤٥٣)، وقال ابن حجر: إسناده حسن. "بلوغ المرام" (٩٤٢).

وَالمُرَادُ بِمَا رُوِيَ: نَفْيُ اسْتِبْدَادِ وَالرُّجُوعُ وَإِثْبَاتُهُ لِلْوَالِدِ؛ لِأَنَّهُ يَتَمَلَّكُهُ لِلْحَاجَةِ وَذَلِكَ يُسَمَّى رُجُوعًا. وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: فَلَهُ الرُّجُوعُ، لِبَيَانِ الحُكْمِ، أَمَّا الكَرَاهَةُ فَلَازِمَةٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالعَائِدِ فِي قَيْئِهِ» وَهَذَا لِاسْتِقْبَاحِهِ.

قوله: (**والمراد بما روي نفي استبداد والرجوع**) من غير قضاء ولا رضًا إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك فإنه ينفرد بالأخذ لحاجته بلا قضاء ولا رضا، وسمي ذلك رجوعًا باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعًا.

أو المراد لا يحل الرجوع ديانة ومروءة، ولهذا جاء في أكثر الروايات بلفظ: «**لا يحل**» فكان بمنزلة قوله عليه السلام: «**لا يَحِلُّ لرجلٍ يؤمنُ باللهِ واليومِ الآخرِ أن يبيتَ شبعانَ وجارُهُ إلَى جنبِهِ طاوِيًا**»[(١)]، أي: لا يليق ذلك ديانةً ومروءة وإن كان جائزًا في الحكم إذا لم يكن عليه حق واجب، وهكذا نقول لا يليق الرجوع ديانةً ومروءة، فيكون مكروهًا.

ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «**العائد في هبته كالعائد في قيئه**»[(٢)]، وهذا التشبيه في معنى الاستقباح والاستقذار لا في حرمة الرجوع كما زعم الشافعي.

ألا ترى أنه قال في رواية: «**كالكَلبِ يَقِيْءُ ثم يعودُ في قَيْئِهِ**»، وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة، وبه نقول [٢/ ٣٠٣/ ب] إنه يستقبح.

ويؤيد ما ذكرنا حديث عمر حين أراد شراء فرس حُمِلَ عليه في سبيل الله، فسأل عن ذلك رسول الله ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام: «**لا تَبتَعْهُ وإنْ أعطاكَ بِدرهَم**»[(٣)]، فلما كان هذا القول موجبًا حرمة ابتياع ما تصدق به فكذلك هذا الحديث لم يكن موجبًا حرمة الرجوع في الهبة، إليه أشار في الأسرار، والمبسوط[(٤)].

---

(١) أخرجه البزار (٧٤٢٩) من حديث أنس رضي الله عنه.
وحسنه المنذري في الترغيب والترهيب (٣٨٧٤).

(٢) تقدم تخريجه قريبًا.

(٣) أخرجه البخاري (٢/ ١٢٧ رقم ١٤٩٠)، ومسلم (٣/ ١٢٣٩ رقم ١٦٢٠).

(٤) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٥٣).

[مَوَانِعُ الرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ]

ثُمَّ لِلرُّجُوعِ مَوَانِعُ ذَكَرَ بَعْضَهَا فَقَالَ: (إِلَّا أَنْ يُعَوِّضَهُ عَنْهَا) لِحُصُولِ المَقْصُودِ (أَوْ تَزِيدَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً)؛ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى الرُّجُوعِ فِيهَا دُونَ الزِّيَادَةِ؛ لِعَدَمِ الإِمْكَانِ

(ثم للرجوع موانع ذكر بعضها)، أي: القدوري، وقيل: الموانع سبعة، جمعها القائل في قوله:

ومانعٌ مِنَ الرّجوعِ في الهِبَة يا صَاحِبي حُروفُ: دَمْعِ خَزِقَهْ

فالدّال: الزيادة، والميم: موت الواهب أو الموهوب، والعين: العوض، والخاء: الخروج عن ملك الموهوب له، والزاي: الزوجية، والقاف: القرابة، والهاء: هلاك الموهوب.

أحدها: قبض العوض لما روينا، ولأن حق الرجوع كان لخلل في مقصوده، وقد عدم ذلك بوصول العوض إليه فهو كالمشتري يجد بالمبيع عينًا فيزول العيب قبل أن يرده.

وثانيها: الزيادة المتصلة؛ كالغرس، والبناء، والسِّمَن، وبه قال أحمد في رواية، وقال في رواية: لا يمنع الرجوع في هبة الوالد لولده كالزيادة المنفصلة، وبه قال الشافعي بما فيها زيادة في الموهوب فلا يمنع الرجوع؛ كالزيادة قبل القبض، والزيادة المنفصلة.

وقيد بالزيادة لأن النقصان لا يمنع بالإجماع، وقيد بالمتصلة لأن المنفصلة لا تمنع الرجوع بلا خلاف.

وفي الذخيرة: لو ولدت الجارية بعد الهبة يرجع فيها دون الولد(١)، وقال أبو يوسف إنما يرجع فيها إذا استغنى الولد عنها(٢).

والمراد بالزيادة في نفس الموهوب له شيء يوجب زيادة في قيمته، أما لو زاد في نفسه ولا يوجب ذلك زيادة في قيمته - كما لو طال الغلام - لا يمنع؛ إذ تلك الزيادة توجب نقصًا فيه فلا يمنع الرجوع، والزيادة من حيث السعر لا تمنع أيضًا، وكذا الحكم في جميع الحيوانات وغير ذلك، ذكره في المحيط.

---

(١) في مطبوع الذخيرة: (ذكر الحاكم إذا ولدت الجارية الموهوبة ولدًا فله أن يرجع في ولدها).
(٢) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٩/ ١٤٧).

وَلَا مَعَ الزِّيَادَةِ؛ لِعَدَمِ دُخُولِهَا تَحْتَ العَقْدِ.

قوله: (لعدم دخولها)، أي: الزيادة في العقد، وليست بموهوبة فلم يصح الرجوع فيها، والفصل غير ممكن ليرجع في الأصل دون الزيادة، فامتنع الرجوع أصلًا.

فإن قيل: حق الرجوع ثابت في حق الأصل فيسري إلى أوصافه.

قلنا: ثبوت الحكم في التبع ثبوته في الأصل؛ لأنه عرض قائم بالواهب، وليس بوصف للمحل ولا يقال: الملك لا بوصف اللزوم من أوصاف الأصل؛ لأن العدم ليس بشيء حتى يعد من أوصافه، كذا قيل.

في الذخيرة: الزيادة من حيث السعر لا تمنع لأنها ليست بزيادة في العين بل هي زيادة رغبات الناس، والعين بحالها.

ولو علَّمه القرآن، أو الحرفة، أو أسلم، أو قضى دينه فهذا لا يمنع الرجوع عند أبي حنيفة وزفر؛ لأنها ليست بزيادة في العين كالسعر، وعند أبي يوسف ومحمد وأحمد، تُمنَع لأنها زيادة معنوية، وهذا بخلاف الرد بالعيب في المبيع فإن الزيادة المتصلة لا تمنع الرد، والمنفصلة تمنع؛ لأنه لو رد الولد لا يمنع إما أن يرده مقصودًا أو تبعًا لأمه فلا وجه للأول؛ لأن الرد فسخ العقد والفسخ إنما يرد فيما يرد فيه العقد، والعقد لم يرد في الولد، ولا وجه لفسخه تبعًا؛ لأن الولد بعد الانفصال ليس بتبع للأم حقيقة، ولا حكمًا، فإن شيئًا من أحكام البيع لا يثبت في الولد الحادث بعد القبض.

ولا وجه لفسخ العقد في حق الأصل دون الولد؛ لأن الولد مبيع من وجه؛ لأنه متولد منها، والمتولد من الشيء يحدث على صفة الأصل؛ كالمتولد من المدبَّر، والمكاتَب، وما يكون مبيعًا من كل وجه لا يسلم للمشتري بعد الفسخ مجانًا لأنه ربا، فكذا ما يكون مبيعًا من وجه، وههنا هكذا بعد الفسخ في الأصل فإن الولد يسلم للمشتري مجانًا في ضمن البيع وهو عين الربا، وهذا المعنى لا يمكن اعتباره في الهبة لعدم لزوم الربا.

أما الزيادة المتصلة تمنع الرجوع في الهبة؛ لأن الزيادة غير موهوبة فلا يمكن الرجوع فيها بطريق التبعة لعدم رضى الموهوب له في الرجوع بخلاف رد

قَالَ: (أَوْ يَمُوتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ)؛ لِأَنَّ بِمَوْتِ الْمَوْهُوبِ لَهُ يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ إِلَى الوَرَثَةِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا انْتَقَلَ فِي حَالِ حَيَاتِهِ، وَإِذَا مَاتَ الوَاهِبُ فَوَارِثُهُ أَجْنَبِيٌّ عَنْ العَقْدِ إِذْ هُوَ مَا أَوْجَبَهُ. قَالَ: (أَوْ تَخْرُجَ الهِبَةُ عَنْ مِلْكِ المَوْهُوبِ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطِهِ فَلَا يَنْقُضُهُ، وَلِأَنَّهُ تَجَدُّدُ المِلْكِ بِتَجَدُّدِ سَبَبِهِ.

المبيع مع الزيادة المتصلة؛ لأن من له الحق في الزيادة - وهو المشتري - راضٍ بكون الزيادة تبعًا للأصل؛ لأنه هو الذي يرده بدون اختيار البائع، إليه أشار في الذخيرة[1]، والإيضاح.

ولو اختلفا في الزيادة فالقول للواهب؛ لأنه ينكر لزوم العقد، وعند زفر القول للموهوب له؛ لأنه ينكر حق الواهب في الرجوع.

قوله: (إذا ما أوجبه)، أي: ما أوجب الملك [٢/ ٣٠٤/أ] للموهوب له فلا يكون له حق الرجوع بالنص؛ لأنه أوجب الرجوع للواهب وهو ليس بواهب، ولأنه ربما كان غرض الواهب إظهار الجود والسخاء، ورجوع الوارث يبطل عليه ذلك.

وعند الأئمة الثلاثة في هبة الولد يمنع الرجوع إذا خرجت عن ملك الولد ببيع، أو هبة، أو وقف، أو إرث أو غير ذلك كمذهبنا.

(لأنه)، أي: خروج ملك الموهوب عن ملك الموهوب له **(حصل)** بتسليط الواهب فلا ينقضه؛ لأن سعي الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود، ولا يبدل الملك كتبدل العين وقد يبدل الملك بتجدد السبب.

ولو وهب لمكاتب رجل ثم عجز المكاتب فليس له أن يرجع فيها عند محمد؛ لأن هذه هبة للمكاتب وكان حقيقة، ولهذا كان حق القبول للمكاتب فكان ملكًا له، ولهذا يتصرف فيه تصرف الملاك، وبالعجز انتقل ملكه إلى مولاه فصار كانتقاله إلى إنسان آخر.

وعند أبي يوسف له الرجوع؛ لأن الهبة وقعت للمكاتب من وجه وللمولى من وجه وبالعتق يصير ملكًا له من كل وجه، وبالعجز لسيده من كل وجه، ثم إذا

---

(١) انظر: الذخيرة البرهانية لابن مازة (٩/ ١٤٨).

قَالَ: (فَإِنْ وَهَبَ لِآخَرَ أَرْضًا بَيْضَاءَ، فَأَنْبَتَ فِي نَاحِيَةٍ مِنهَا نَخْلًا، أَوْ بَنَى بَيْتًا، أَوْ دُكَّانًا، أَوْ آرِيًّا، وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهَا: فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي شَيْءٍ مِنهَا)؛ لِأَنَّ هَذِهِ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ. وَقَوْلُهُ: «وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهَا»؛ لِأَنَّ الدُّكَّانَ قَدْ يَكُونُ صَغِيرًا حَقِيرًا لَا يُعَدُّ زِيَادَةً أَصْلًا، وَقَدْ تَكُونُ الأَرْضُ عَظِيمَةً يُعَدُّ ذَلِكَ زِيَادَةً فِي قِطْعَةٍ مِنهَا،

عتق له أن يرجع، فكذا إذا عجز، ولو وهب دارًا أو قبضها فباع نصفها له الرجوع في الباقي.

قوله: (أو آريًّا) الآريُّ هو المعلف عند العامة وهو مراد الفقهاء، وعند العرب: الآريّ وهي عروة حبل تشد إليها الدابة في محبسها، فاعُول من تأرَّى بالمكان إذا أقام فيه، كذا في المُغرِب[1].

قوله: (وكان ذلك زيادة)، الواو للحال، أي: وقد كان.

وفي الذخيرة: وإن كان ذلك لا يعد زيادة كالآريّ، أو يعد نقصًا كالتنور في الكاشانة لا يمنع الرجوع[2].

وفي جامع أبي اليسر: وقوله (وكان ذلك زيادة) يريد بهذا أن بنَى دكانًا بعد ذلك زيادة في الدار؛ لأن الزيادة في جانب الدار تعد زيادة في كل الدار فإن القيمة تزداد بها فيها، كما لو كان في إحدى عيني الجارية بياضًا فزال يعد ذلك زيادة، وإن كان في موضع خاص.

وفي الفتاوى: قصر الثوب يمنع الرجوع وغسله لا، ولو علق سلسلة أو (حبلًا)[3] في المسجد، أو وضع فيه بواري، أو بابًا، أو خصص ليس له الرجوع لأنها تترك عادة، ولو وضع فيه خباءً، أو علق قنديلًا له الرجوع، والفتل والثقب في اللؤلؤة إن كان يزيد في الثمن يسقط الرجوع، ولو وهب عبدًا صغيرًا فشاخ ونقصت قيمته سقط الرجوع؛ لأنه زاد في يده، ولو ازداد قيمته بالنقل إلى بلد آخر سقط بخلاف ما إذا غلا السعر ثم في الهبة لذي رحم محرم لا رجوع

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٢٤).
(٢) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٩/ ١٤٥).
(٣) في المخطوط (حُبا).

فَلَا يَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ فِي غَيْرِهَا. قَالَ: (فَإِنْ بَاعَ نِصْفَهَا غَيْرَ مَقْسُومٍ: رَجَعَ فِي البَاقِي)؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ بِقَدْرِ المَانِعِ (وَإِنْ لَمْ يَبِعْ شَيْئًا مِنهَا: لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي نِصْفِهَا)؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي كُلِّهَا فَكَذَا فِي نِصْفِهَا بِالطَّرِيقِ الأَوْلَى. قَالَ: (وَإِنْ وَهَبَ هِبَةً لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنهُ: فَلَا رُجُوعَ فِيهَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِذَا كَانَتْ الهِبَةُ لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنهُ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا»؛ وَلِأَنَّ المَقْصُودَ فِيهَا صِلَةُ الرَّحِمِ، وَقَدْ حَصَلَ (وَكَذَلِكَ مَا

فيها عندنا وبه قالت الأئمة وفي هبة أحد الزوجين لا رجوع فيها عندنا، وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد في رواية، وقال أحمد في رواية: يرجع في هبة المرأة لزوجها دون العكس.

قوله: (لقوله عليه السلام: «وإذَا كانت الهِبَةُ لِذِي رَحِمٍ»)[١] الحديث قيل هذا قول عمر ذكره مالك في الموطأ وقلنا: هذا مما لا يعرف بالرأي فقاله سماعا وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه عليه الصلاة السلام قال: «**لا يَرجِعُ واهبٌ في هِبَتِهِ لذِي الرَّحِمِ المُحَرَّم**».

قوله: (وقد حصل)، أي المقصود، وكل عقد أفاد مقصوده يلزم فإن وهب لقِنِّ أخيه أو لأخيه القِنِّ يرجع، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يرجع في الأولى؛ لأن الملك يقع لمولاه وهو أخوه.

ولأبي حنيفة أن الهبة تقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة، وللعبد من وجه وهو ملك اليد، ألا ترى أنه أحق به ما لم يفضل عن حاجته، فلو اعتبرنا أحد الجانبين يلزم، ولو اعتبرنا الجانب الآخر لا يلزم فلا يلزم بالشك في المسألتين.

قوله: (لأن المقصود فيها)، أي: هبة أحد الزوجين لآخر (الصلة)؛ لأن الزوجية نظير القرابة القريبة، ولهذا يتعلق بها التوارث من الجانبين من غير حجب، ويمتنع قبول شهادة أحدهما للآخر، وكان المقصود بالهبة تحقيق ما بينهما من معنى السكن والازدواج، وفي الرجوع إيقاع العداوة بينهما والنفرة،

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٤٦١ رقم ٢٩٧٣)، والحاكم (٢/ ٥٢ رقم ٢٣٤٢) من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه.

قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط البخاري، ولم يخرجاه.

وَهَبَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ)؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ فِيهَا الصِّلَةُ كَمَا فِي القَرَابَةِ، وَإِنَّمَا يُنْظَرُ إِلَى هَذَا المَقْصُودِ وَقْتَ العَقْدِ، حَتَّى لَوْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَمَا وَهَبَ لَهَا فَلَهُ الرُّجُوعُ، وَلَوْ أَبَانَهَا بَعْدَمَا وَهَبَ فَلَا رُجُوعَ.

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ المَوْهُوبُ لَهُ لِلْوَاهِبِ: خُذْ هَذَا عِوَضًا عَنْ هِبَتِك، أَوْ بَدَلًا

والزوجية لمعنى الألفة والمودة فلا يجوز لأحدهما الإقدام على ما يضاده كما في بين القرابات، كذا في المبسوط(١).

قوله: (بعدما تزوج)، أي: بعد ما تزوج ووهب، وفي بعض [٢/ ٣٠٤/ ب] النسخ: **(بعدما وهب)**، وهو ظاهر فلا رجوع لأنه علم أنه لم يكن مقصوده العِوض بخلاف ما لو تزوجها بعد الهبة فإنه يعلم أن مقصوده العوض لوقوع الهبة لأجنبية، ولم ينل ذلك فله الرجوع.

وفي جامع قاضي خان: وهبت لزوجها ضيعة على أن لا يطلقها وقتًا معلومًا فطلقها قبله فالهبة باطلة، وإن لم يؤقت ثم طلقها فالهبة صحيحة؛ لأنه وفى بالشرط.

قوله: (خذ هذا عوضًا) إلى آخره، ولا خلاف فيه، وفي جامع قاضي خان، وفتاواه: صورة التعويض أن يذكر لفظًا يعلم الواهب أنه عوض هبته بأن يقول الموهوب: خذ هذا عوضًا، أو جزاء هبتك، أو ثواب هبتك.

أما إذا وهب شيئًا ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته كان لكل واحد منهما الرجوع في هبته(٢).

وفي المبسوط: سواء كان الهبة شيئًا قليلًا أو كثيرًا، من جنس الهبة، أو من غير جنسها؛ لأنها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيه الربا وإنما هو لقطع حق الرجوع(٣).

ويشترط شرائط الهبة في العوض من القبض، والإقرار لأنه تبرع، ولابد أن

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٥١).
(٢) فتاوى قاضي خان (٣/ ١٥٢).
(٣) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٧٨).

عَنْهَا، أَوْ فِي مُقَابَلَتِهَا، فَقَبَضَهُ الوَاهِبُ: سَقَطَ الرُّجُوعُ) لِحُصُولِ المَقْصُودِ، وَهَذِهِ العِبَارَاتُ تُؤَدِّي مَعْنًى وَاحِدًا (وَإِنْ عَوَّضَهُ أَجْنَبِيٌّ عَنْ المَوْهُوبِ لَهُ مُتَبَرِّعًا، فَقَبَضَ الوَاهِبُ العِوَضَ: بَطَلَ الرُّجُوعُ)؛ لِأَنَّ العِوَضَ لِإِسْقَاطِ الحَقِّ فَيَصِحُّ مِن الأَجْنَبِيِّ كَبَدَلِ الخُلْعِ وَالصُّلْحِ: قَالَ: (وَإِذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ الهِبَةِ: رَجَعَ بِنِصْفِ العِوَضِ)؛ لِأَنَّهُ

يكون العوض من مال غير الموهوب له، حتى لو عوض شيئًا من الموهوب بأن كانت الهبة ألف درهم والعوض درهم واحد من تلك الدراهم لا يجوز، وكذا لو كانت الهبة دارًا والعوض بيت منها لا يجوز، وعند زفر يجوز؛ لأن ملك الموهوب له تم في الهبة بالقبض فالتحق بسائر أمواله.

ولنا أن المقصود لا يحصل بهذا للواهب لأنا نعلم يقينًا أنه بهبته ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم؛ لأن ذلك كان سالمًا له فعلم أن قصده العوض الآخر.

وقوله: (متبرعًا) ما هو قيد فإن الحكم في غير المتبرع كذلك، حتى لو عوضه الأجنبي بأمر الموهوب له، أو عوضه بشرط أن يرجع على الموهوب له بطل الرجوع، وإنما ذكر هذا ليعلم بطلان الرجوع في غير المتبرع بالطريق الأولى، ولكن لو عوضه بأمر الموهوب له لا يرجع بالعوض عليه إلا أن يضمنه الموهوب له صريحًا، بخلاف قضاء الدين فإنه لو قضى دين آخر بأمره يرجع عليه سواء ضمنه صريحًا أو لا.

والفرق أن الأداء في قضاء الدين مستحق عليه فكان في الأمر بالأداء إسقاط المطالبة بمال مستحق فيملك ما في ذمته فيرجع عليه، أما العوض في الهبة غير مستحق على الموهوب له فإنما أمره بأن يتبرع عنه بمال نفسه، والتبرع بمال نفسه على غيره لا يثبت حق الرجوع من غير ضمان، ألا ترى أنه فيما فوق هذا لا يرجع بالأمر بدون شرط الضمان نحو ما إذا قال: كفِّر يميني من طعامك، وأدِّ زكاة مالي، فهذا أولى، كذا في المبسوط[1].

قوله: (لإسقاط) أي: لإسقاط حق الرجوع لا لتمليك العين.

قوله: (والصلح) أي: الصلح عن دم العمد، أو كصلح الأجنبي مع

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٧٦).

لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ مَا يُقَابِلُ نِصْفَهُ (وَإِنْ اسْتَحَقَّ نِصْفَ العِوَضِ لَمْ يَرْجِعْ فِي الهِبَةِ إِلَّا أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ ثُمَّ يَرْجِعُ) وَقَالَ زُفَرُ: يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ اعْتِبَارًا بِالعِوَضِ الآخَرِ. وَلَنَا: أَنَّهُ

صاحب الدين من دينه على مال نفسه يجوز ويسقط الدين[1] عن المديون، ذكره في المبسوط[2].

فهذا مثله لأنه بدل ماله لإسقاط حق فصح من الأجنبي كما صح ممن عليه الحق.

قوله: (اعتبارًا بالعوض الآخر)، وهو الهبة، وهذا لأن كل واحد منهما صار مقابلًا بالآخر؛ كبيع العرض بالعرض فيرجع في نصف الهبة كالعكس.

(ولنا أنه)، أي: الباقي يصلح عوضًا للكل من الابتداء، والمستحق خرج من أن يكون عوضًا فصار كأنه عوضه ابتداءً بهذا النصف، ولو كان كذلك لم يرجع في شيء من الهبة فكذا ههنا.

وإنما يمكن الخلل في رضى الواهب به فكان تأثيره في إثبات الخيار له في العوض بين أن يرد الباقي ويرجع في الهبة، وبين أن يمسك ما بقي ولم يرجع بشيء، كذا في المبسوط[3].

وفي الأسرار: بخلاف ما إذا كان العوض مشروطًا في العقد؛ لأنها تتم بيعًا ومبادلة فيعود البدل على المبدل.

أما في مسألتنا فالسقوط حكم، والعوض علة، والحكم يثبت بالعلة ولا يتوزع على العلل وإن كثرت، فلا يبطل شيء من الحكم بذهاب بعض ما يصلح علة إذا بقي ما يصلح علة، وبخلاف ما إذا استحق بعض الهبة؛ لأن المعوض ما ملكه العوض إلا جزاء فيعتبر حكم المقابلة في حقه، أما الواهب فملك الهبة ابتداءً من غير أن يقابله شيء فلم يعتبر معنى المقابلة، وهذا جواب قياس زفر.

ولأن للعوض شبه ابتداء [٢/ ٣٠٥/أ] الهبة من حيث أن المعوض مختار فيه متبرع، وشبه المبادلة من حيث إنه ملكه مضافًا إلى الهبة، فلشبهه بالمبادلات

---

(١) كررت في الأصل.
(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٧٥).
(٣) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٧٧).

يَصْلُحُ عِوَضًا لِلْكُلِّ مِن الِابْتِدَاءِ، وَبِالِاسْتِحْقَاقِ ظَهَرَ أَنَّهُ لَا عِوَضَ إِلَّا هُوَ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ؛ لِأَنَّهُ مَا أَسْقَطَ حَقَّهُ فِي الرُّجُوعِ إِلَّا لِيَسْلَمَ لَهُ كُلُّ العِوَضِ وَلَمْ يَسْلَمْ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ.

قَالَ: (وَإِنْ وَهَبَ دَارًا فَعَوَّضَهُ مِن نِصْفِهَا رَجَعَ الوَاهِبُ فِي النِّصْفِ الَّذِي لَمْ يُعَوِّضْ)؛ لِأَنَّ المَانِعَ خَصَّ النِّصْفَ.

قَالَ: (وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا، أَوْ بِحُكْمِ الحَاكِمِ)؛ لِأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ بَيْنَ العُلَمَاءِ، وَفِي أَصْلِهِ: وَهَاءٌ، وَفِي حُصُولِ المَقْصُودِ وَعَدَمِهِ: خَفَاءٌ، فَلَا بُدَّ مِن

إذا استحق الكل رجع في الهبة، ولشبهه بابتداء الهبة إذا استحق النصف لا يرجع في شيء من الهبة إلا أن يرد ما بقي، كذا في المبسوط(١).

قوله: (**لأن المانع خص النصف**)، فإن قيل: لما كان العوض لإسقاط حق الرجوع حتى يصح من الأجنبي كبدل الخلع والصلح فينبغي أن يعمل في كله؛ لأن الإسقاطات لا تتجزأ كما في الطلاق.

قلنا: إن كان في العوض معنى الإسقاط، لكن فيه شبه آخر كما ذكرنا من شبهة الهبة وشبهة المبادلة، فمن هذين الشبهين كان التعويض محتملًا للتجزيء، فإذا أضافه إلى البعض اقتصر الحكم عليه، وذلك لأنه يجوز أن يثبت حق الرجوع في النصف دون النصف ابتداءً؛ كما لو وهبه النصف وتصدق عليه بالنصف كذا قيل، وإليه أشار في المبسوط(٢).

قوله: (**إلا بتراضيهما أو بحكم**)، حتى لو استردها بغير قضاء ولا رضى كان غاصبًا، فلو هلك في يده يضمن قيمته للموهوب له، وقال الشافعي(٣)، وأحمد(٤): يجوز الرجوع بدون القضاء أو الرضا؛ لأنه خيار في فسخ العقد فلا يفتقر إلى القضاء أو الرضا؛ كالفسخ بخيار الشرط.

وقلنا (**إنه**) أي: الرجوع (**مختلف بين العلماء، وفي أصله الرجوع وهاء**)

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٧٨).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٨٢).
(٣) انظر: الأم للشافعي (٧/ ١٢١)، والمجموع للنووي (١٥/ ٣٧٩).
(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٥٩)، والشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة (٦/ ٢٨٤).

الفَصْلِ بِالرِّضَا أَوْ بِالقَضَاءِ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ الهِبَةُ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ قَبْلَ القَضَاءِ، نَفَذَ، وَلَوْ مَنَعَهُ فَهَلَكَ: لَمْ يَضْمَنْ؛ لِقِيَامِ مِلْكُهُ فِيهِ، وَكَذَا إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ بَعْدَ القَضَاءِ؛ لِأَنَّ أَوَّلَ القَبْضِ غَيْرُ مَضْمُونٍ، وَهَذَا دَوَامٌ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَمْنَعَهُ بَعْدَ طَلَبِهِ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّى، وَإِذَا رَجَعَ بِالقَضَاءِ أَوْ بِالتَّرَاضِي، يَكُونُ فَسْخًا مِن الأَصْلِ حَتَّى لَا يَشْتَرِطُ قَبْضَ الوَاهِبِ

هكذا وقع في أكثر النسخ، وفي بعض النسخ: (وهي)، في المُغرِب: وهاء، أي: ضعف، بالمد خطأ، وإنما هو الوهي مصدر وهي الحبل يهي وهيًا إذا ضعف[١].

وفي حصول المقصود وعدمه خفاء؛ لأنه يحتمل أن يكون غرض الواهب العوض الدنياوي، ويحتمل أن يكون غرضه ثواب الآخرة، ويحتمل أن يكون غرضه إظهار الجود والسماحة، فعلى الوجهين الأخيرين ليس الرجوع[٢] لحصول مقصوده، وعلى الوجه الأول له الرجوع، فلما تردد بين الأمرين احتاج إلى القضاء ليترجح جانب الرجوع على عدمه.

وكذا اختلاف العلماء في جواز الرجوع وعدمه دليل على أن صحة حكم الرجوع ليس بقطعي فلا بد أن يتصل بالقضاء حتى يكون قطعيًّا، ولأن الرجوع فسخ العقد فلا يصح إلّا ممن له ولاية العامة وهو القاضي، أو منهما لولايتهما على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض.

قوله: **(الرجوع بالتراضي فسخًا من الأصل)**، وبه قال الشافعي وأحمد، وقال زفر: الرجوع بغير القضاء بمنزلة الهبة المبتدأة لعود الملك إليه بتراضيهما فيعتبر عقدًا جديدًا في حق ثالث فأشبه الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء.

وقلنا: عقد الهبة وقع جائزًا موجبًا حق الفسخ، فكان الواهب بالفسخ مستوفيًا حقًّا ثابتًا له فيظهر على الإطلاق؛ لأن استيفاء الحق لا يتوقف على القضاء إذ حقه مقصور على العين، وفي مثله القضاء وعدمه سواء كالأخذ بالشفعة، وهذا لأنهما فعَلَا بدون القاضي عَيْنَ ما أَمَرَ به القضاء أن لو رفعا إليه،

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٤٩٩).

(٢) هكذا في الأصول الخطية، ولعلها: (ليس له الرجوع).

وَيَصِحُّ فِي الشَّائِعِ؛ لِأَنَّ العَقْدَ وَقَعَ جَائِزًا مُوجِبًا حَقَّ الفَسْخِ، فَكَانَ بِالفَسْخِ مُسْتَوْفِيًا حَقًّا ثَابِتًا لَهُ فَيَظْهَرُ عَلَى الإِطْلَاقِ، ....

وإنما يكون التراضي موجبًا ملكًا مبتدأً إذا تراضيا على سبب موجب للملك كالهبة، والصدقة، والوصية، وههنا تراضيا على رفع السبب الأول، وذلك لا يصلح موجبًا ملكًا مبتدأً، بخلاف الرد بالعيب بغير القضاء فإن حق المشتري في عين الرد بل بالمطالبة بالجزء الفائت.

ولهذا لو تعذر الرد يرجع بحصة(١) العيب من الثمن، وإذا كان حقه في وصف السلامة وكذا لو زال العيب قبل الرد لا تكون ولاية الرد، فإذا لم يكن سليمًا وفات المشروط كان له أن لا يرضى فيثبت حق الفسخ ضرورة، فيتوقف لزوم موجب الفسخ في حق الثالث على القضاء لعموم ولايته وقصور ولايتهما عليهما.

ولا يلزم على هذا الرد في المرض فإنه لو رد في مرضه بغير قضاء يعتبر من الثلث، ولو كان الرد بالتراضي فسخًا من الأصل لاعتبر ذلك من جميع ماله كما في الرد بالقضاء؛ لأن فيه روايتين.

وعن ابن سماعة في المسألة قياس واستحسان، في القياس يعتبر، وفي الاستحسان من الثلث؛ لأنه تمليك مبتدأ، ولكن الرد في مرضه باختياره يتهم بالقصد إلى إبطال حق الورثة عما تعلق حقهم، فلرد قصده جعل معتبرًا من الثلث لا لأنه تمليك مبتدأ، كذا في المبسوط(٢).

قوله: [٢/ ٣٠٥/ ب] (ويصح في الشائع)، أي: الرجوع يصح في الشائع الذي يحتمل القسمة بأن وهب دارًا أو نحوها ورجع في نصفها، ولو كان الرجوع هبة مبتدأ كما قال زفر ينبغي أن لا يصح، وحيث يصح فعلم أنه فسخ، كذا في المبسوط(٣).

قوله: (فيظهر)، أي: الفسخ في الرجوع **(على الإطلاق)**، أي: من كل وجه في الصورتين، وهما: بالرد بالقضاء، والرضا.

---

(١) في الأصل (بصحة).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٨٢).
(٣) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٨٢).

بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالعَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ؛ لِأَنَّ الحَقَّ هُنَاكَ فِي وَصْفِ السَّلَامَةِ لَا فِي الفَسْخِ فَافْتَرَقَا.

قَالَ: (وَإِذَا تَلِفَتِ العَيْنُ المَوْهُوبَةُ وَاسْتَحَقَّهَا مُسْتَحِقٌّ، وَضَمِنَ المَوْهُوبُ لَهُ: لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الوَاهِبِ بِشَيْءٍ)؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ، فَلَا يَسْتَحِقُّ فِيهِ السَّلَامَةَ، وَهُوَ غَيْرُ عَامِلٍ لَهُ، وَالغُرُورُ فِي ضِمْنِ عَقْدِ المُعَاوَضَةِ سَبَبُ الرُّجُوعِ لَا فِي غَيْرِهِ.

(بخلاف الرد بالعيب بعد القبض)، قيد به لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل سواء كان بالقضاء، أو الرضى.

قوله: (كما في العارية) حيث لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق على المعير (وهو)، أي: الموهوب له (غير عامل له) أي: للواهب فلا يرجع، ويحترز به عن المودَع فإنه يرجع بما ضمن على المودِع؛ لأن المودَع عامل للمودِع في الحفظ.

وقوله: (والغرور) إلى آخره جواب عما قال الشافعي إنه يرجع على الواهب لأنه غره بالهبة؛ كالبائع إذا غر المشتري.

قلنا: مجرد الغرور لا يثبت حق الرجوع ما لم يوجد ضمان السلامة إما نصًّا، أو في ضمن عقد المعاوضة، حتى لو ضمن الواهب سلامة الموهوب للموهوب له نصًّا يرجع على الواهب، ذكره في الذخيرة.

ولهذا لو وهب الغاصب ما غصب، أو باع، أو تصدق، أو آجر، أو رهن، أو أودع، أو أعار فهلك ضمنوا، ولا يرجع الموهوب له على الغاصب والمتصدق عليه على الغاصب، ويرجع المستأجر والمرتهن ويرجع المشتري بالثمن، ولا يرجع السارق من الغاصب، ولا غاصب الغاصب، كذا في الفصول للأَسْتَرَوْشَنِيّ.

وفي المبسوط: مجرد الغرور لا يكفي لإثبات حق الرجوع، فإن من أخبر إنسانًا بأمن الطريق فسلك فيه فأخذه اللصوص لم يرجع على المخبر بشيء، وإنما يثبت حق الرجوع باعتبار عقد المعاوضة لأن صفة السلامة مستحقة[1].

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ١٧٨).

قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ بِشَرْطِ العِوَضِ: اعْتُبِرَ التَّقَابُضُ في المجلسِ فِي العِوَضَيْنِ، وَتَبْطُلُ بِالشُّيُوعِ)؛ لِأَنَّهُ هِبَةٌ ابْتِدَاءً (فَإِنْ تَقَابَضَا: صَحَّ العَقْدُ وَصَارَ فِي حُكْمِ البَيْعِ، يُرَدُّ بِالعَيْبِ وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ، وَتُسْتَحَقُّ فِيهِ الشُّفْعَةُ)؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ انْتِهَاءً. وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: هُوَ بَيْعٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى البَيْعِ وَهُوَ التَّمْلِيكُ بِعِوَضٍ، وَالعِبْرَةُ فِي العُقُودِ لِلْمَعَانِي، وَلِهَذَا كَانَ بَيْعُ العَبْدِ مِن نَفْسِهِ إِعْتَاقًا.

وَلَنَا: أَنَّهُ اشْتَمَلَ عَلَى جِهَتَيْنِ فَيُجْمَعُ بَيْنَهُمَا مَا أَمْكَنَ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ، وَقَدْ

قوله: (وإذا وهب بشرط العوض) إلى آخره، قال المحبوبي في جامعه: هذا إذا ذكر بكلمة (على)، أما لو ذكره بحرف الباء بأن قال: وهبتك بهذا الثوب، أو: بألف درهم، وقبله الآخر يكون بيعًا ابتداءً وانتهاءً بالإجماع.

قوله: (والعبرة في العقود للمعاني)، ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، وكذا الحوالة بشرط عدم الأصيل كفالة، ولو وهب ابنته لرجل كان نكاحًا، ولو وهب امرأته لنفسها كان طلاقًا، ولو وهب عبده لنفسه كان إعتاقًا، ولو وهب الدَّين لمن عليه كان إبراء، فاللفظ واحد، والعقود مختلفة لاختلاف المعنى والمقصود.

وقوله: (بيع العبد) من قبيل إضافة المصدر إلى المفعول، أي: بيع المولى العبد من نفسه.

قوله: (عملًا بالشبهين)؛ كالإقالة لما اشتملت على معنى البيع والفسخ جمعنا بينهما، وقد أمكن الجمع ههنا كما ذكر في المتن، وهذا لأن اللفظ قالب المعنى فلا بد من اعتباره، إلا إذا تعذر الجمع للمنافاة كما فيما ذكرا من المسائل فوجب اعتبار المعنى وسقط اعتبار اللفظ ترجيحًا للمعنى عليه، ولا منافاة ههنا.

فإن قيل: المنافاة ههنا ثابتة لأن قضية البيع اللزوم، وترتب الملك عليه بلا فصل، وحكم الهبة على عكسه، وتنافي اللازمين مستلزم لتنافي الملزومين فتتحقق المنافاة بين البيع والهبة ضرورة.

قلنا: البيع قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار، وقد لا يترتب الملك عليه كما في البيع الفاسد؛ لتوقفه على القبض، فلم يكن اللزوم والترتب من لوازمه ضرورة.

أَمْكَنَ؛ لِأَنَّ الهِبَةَ مِن حُكْمِهَا تَأَخُّرُ المِلْكِ إِلَى القَبْضِ، وَقَدْ يَتَرَاخَى عَنْ البَيْعِ الفَاسِدِ وَالبَيْعُ مِن حُكْمِهِ اللُّزُومُ، وَقَدْ تَنْقَلِبُ الهِبَةُ لَازِمَةً بِالتَّعْوِيضِ فَجَمَعْنَا بَيْنَهُمَا، بِخِلَافِ بَيْعِ نَفْسِ العَبْدِ مِن نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ البَيْعِ فِيهِ، إِذْ هُوَ لَا يُصْلَحُ مَالِكًا لِنَفْسِهِ.

فَصْلٌ: [مَسَائِلُ مُتَعَلِّقَةٌ بِالهِبَةِ]

قَالَ: (وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إِلَّا حَمْلَهَا: صَحَّتْ الهِبَةُ، وَبَطَلَ الِاسْتِثْنَاءُ)؛ لِأَنَّ

الهبة قد تقع لازمة كهبة القريب وبالعوض، وقد يترتب الملك عليها بلا فصل؛ كما لو كانت الهبة في يد الموهوب له، فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتب من لوازمه ضرورة، على أن المستحيل الجمع بين المتناقضين في حالة واحدة، فأما إذا جعلناها هبةً ابتداء وبيعًا انتهاء فلا، بخلاف بيع العبد من نفسه فإنه يجعل إعتاقًا؛ لأن العبد لا يملك غيره مالًا فكيف يملك نفسه مالًا.

فَصْلٌ

لما ذكر مسائل الهبة ألحقها بمسائل فيها بغير الهبة من استثناء وتعليق وغيرها.

قوله: **(إلا حملها صحت الهبة)** في الأم والولد.

(وبطل الاستثناء)، اعلم أن استثناء ما في البطن على ثلاثة أقسام، قسم يجوز التصرف ويبطل الاستثناء؛ كالهبة، والنكاح، والخلع، والصلح عن عدم العمد؛ لأن الاستثناء لا يعمل إلا في المحل الذي [٢/٣٠٦/أ] يعمل فيه العقد، فإذا لم يصح عقد الهبة على ما في البطن لكونه وصفًا - على ما مر في البيوع - لم يكن محلًا للاستثناء، وكان هذا شرطًا فاسدًا.

والهبة ونحوها لا تبطل بالشروط الفاسدة، فيبطل الشرط ويصح العقد؛ لأن الملك في الهبة تعلق بفعل حسي وهو القبض، والفعل الحسي لا يبطل بالشروط الفاسدة، وإنما الشرط الفاسد يؤثر في العقود الشرعية؛ لأن الحسِّيات إذا وجدت لا مردّ لها فلا يمكن أن يجعل عدمًا.

يؤيده ما روي أنه عليه الصلاة السلام أجاز العُمْرَى، وأبطل شرط

الِاسْتِثْنَاءَ لَا يَعْمَلُ إلَّا فِي مَحَلٍّ يَعْمَلُ فِيهِ العَقْدُ، وَالهِبَةُ لَا تَعْمَلُ فِي الحَمْلِ، لِكَوْنِهِ وَصْفًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فِي البُيُوعِ، فَانْقَلَبَ شَرْطًا فَاسِدًا، وَالهِبَةُ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ

المُعمِر[١].

وفي قسم: لا يجوز أصل التصرف به؛ كالبيع، والإجارة، والرهن؛ لأن هذه العقود تبطل بالشروط الفاسدة على ما عرف، فكذا باستثناء الحمل يجوز التصرف والاستثناء جميعًا كالوصية؛ لأن إفراد الحمل بالوصية جائز فكذا استثناؤه.

فإن قيل: ينبغي أن لا يفسد الرهن بالشرط كالهبة لتوقف عقد الرهن على القبض وهو فعل حسي.

قلنا: القبض في باب الرهن حكم للرهن؛ لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء، وحكم العقد يضاف إلى العقد، والشرط الفاسد يؤثر في العقد، أما في الهبة الحكم هو الملك والملك يثبت بالقبض فكان للقبض حكم رهن الغلة، والفساد لا يؤثر في الركن فلغى الشرط، كذا في الإيضاح.

وكأنه أراد بالركن غير العقد كما في أركان العبادات، كذا قيل وفيه نوع تأمل.

قوله: (على ما بيناه في البيوع)، أي: في الفصل المتصل بأول كتاب البيوع.

(فانقلبت)، أي: الاستثناء شرطًا فاسدًا لما أن الجارية يتناول الحمل تبعًا لكونه جزءًا منها، فلما استثناه كان الاستثناء مخالفًا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد فيفسد.

فإن قيل: اللبن والصوف على ظهر الغنم كالجزء له؛ كالحمل، وهبة اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم، مع أمره بحلب اللبن، وجَزِّ الصوف،

---

(١) لعله يريد ما أخرجه مسلم (٣/ ١٢٤٥ رقم ١٦٢٥) عن جابر بن عبد الله الأنصاري: أن رسول الله ﷺ قال: «أيُّما رجلٍ أُعمِرَ رجُلًا عُمرَى لهُ ولِعَقِبِهِ، فقال: قد أعطَيْتُكَها وعَقِبَكَ ما بقيَ مِنكُم أحدٌ، فإنها لِمَنْ أُعْطِيَها، وإنها لا ترجِعُ إلَى صاحِبها، من أجْلِ أنهُ أعطَى عطاءً وقعَتْ فيه المَواريثُ».

الفَاسِدَةِ، وَهَذَا هُوَ الحُكْمُ فِي النِّكَاحِ وَالخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، بِخِلَافِ البَيْعِ وَالإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ؛ لِأَنَّهَا تَبْطُلُ بِهَا.

(وَلَوْ أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا: جَازَ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ الجَنِينُ عَلَى مِلْكِهِ فَأَشْبَهَ الِاسْتِثْنَاءَ، (وَلَوْ دَبَّرَ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا: لَمْ يَجُزْ)؛ لِأَنَّ الحَمْلَ بَقِيَ عَلَى مِلْكِهِ فَلَمْ يَكُنْ شَبِيهَ الِاسْتِثْنَاءِ، ....

وقبض ذلك يجوز استحسانًا، وفي الحمل لا يجوز ما وجه الفرق؟

أما إذا لم يأمره بالجَزِّ والحَلْب لا يجوز عندنا، وعند الشافعي، وأحمد لا يجوز في الوجهين أيضًا كما في الحمل.

قلنا: من أصحابنا من قال: إن أمره في الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض ينبغي أن يجوز استحسانًا كما في الصوف واللبن، والأصح أنه لا يجوز في الحمل أصلًا؛ لأن ما في البطن ليس بمال أصلًا ولا يعلم وجوده حقيقة، ولأن إخراج الولد ليس في وسعه فلا يمكن أن يجعل نائبًا في ذلك عن الواهب بخلاف الجِزاز والحلب، كذا في المبسوط[١].

وعند أحمد وأبي ثور صح استثناء الحمل فتصح الهبة في الأم دون الولد؛ لأنه تبرع بالأم دون الولد فأشبه العتق، وبه يقول في العتق والولد المنفصل.

وقلنا: الحمل كالجزء منها فكيف تصح الهبة فيه بدون الأم، والعتق ممنوع والمنفصل محل للهبة؟

قوله: (لم يجز)، أي: الهبة، والفرق أن التدبير لا يزيل ملك المدبَّر، والموهوب متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فصار كهبة المشاع فيما يقسم، أو كهبة شيء هو مشغول بملك الواهب فلم يجز، فأما الإعتاق يزيل ملكه، فإذا وهب الأم بعد إعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فصار كما لو وهب أرضًا وفيها ابن الواهب واقف، وسلمها إلى الموهوب له فإن الهبة تتم، كذا هذا، كذا في المبسوطين[٢].

قوله: (فلم يكن شبيه الاستثناء)، أي: فصل التدبير، هذا لنفي شبهة ترد

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٧٣).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ٧٣).

وَلَا يُمْكِنُ تَنْفِيذُ الهِبَةِ فِيهِ لِمَكَانِ التَّدْبِيرِ، فَبَقِيَ هِبَةُ المُشَاعِ أَوْ هِبَةُ شَيْءٍ هُوَ مَشْغُولٌ بِمِلْكِ المَالِكِ. قَالَ: (فَإِنْ وَهَبَهَا لَهُ عَلَى أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيْهِ، أَوْ عَلَى أَنْ يَعْتِقَهَا، أَوْ أَنْ يَتَّخِذَهَا أُمَّ وَلَدٍ، ....

عليه بأن يقال: لما لم يدخل الجنين بالتدبير في الهبة كان بمنزلة الاستثناء، وفي الاستثناء تصح الهبة وبطل الاستثناء، وقد روي في رواية: أن هبة الأم تجوز بعد تدبير ولدها، ذكره في المبسوط.

فأجاب عنه بقوله: (ولم يكن شبيه الاستثناء) الحقيقي، وهو الاستثناء اللفظي فإن فيه يبطل الاستثناء ويدخل الجنين في الهبة، أما ههنا بقي الجنين على ملك الواهب، وذلك مانع هبة الأم لما ذكرنا أنه هبة مشاع يحتمل القسمة، أو هبة مشغول بملك الواهب، وشبه الإعتاق بالاستثناء من حيث إن الهبة تصح في الأم لعدم المانع.

[٢/٣٠٦/ب] فإن قيل: في فصل التدبير ينبغي أن تصح الهبة في الأم لأنه مشاع لا يحتمل القسمة؛ لأن المعنى عدم احتمال القسمة، هو أنه لو قسمه حقيقة يهلك.

قلنا: عرضية الانفصال في الحمل في ثاني الحال ثابتة فأنزل منفصلًا في الحال، مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة؛ كما في هبة الجوالق وفيه طعام الواهب حيث لا تصح الهبة؛ لأن المشغول بملك الواهب كمشاع يحتمل القسمة، كذا قيل وفيه نوع تأمل.

ثم جعل في الإيضاح مسألة هبة الجارية بعد التدبير شبيه الاستثناء، وهبتها بعد الإعتاق غير شبيه الاستثناء على عكس ما ذكر في الكتاب.

قيل: في جوابه مراد صاحب الإيضاح بالاستثناء الاستثناء الحقيقي، ولكن لم تصح الهبة بذلك الاستثناء لمكان الشيوع، وهذا متحقق في مسألة التدبير لبقاء الملك في المدبر، وفي مسألة الإعتاق لم يكن معنى الاستثناء الذي يورث الشيوع فصح.

ومراد المصنف بقوله: (فأشبه الاستثناء في مسألة الإعتاق) الاستثناء المذكور آنفًا وهو استثناء الحمل فتصح الهبة.

أَوْ وَهَبَ له دَارًا، أَوْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِدَارٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنهَا، أَوْ يُعَوِّضَهُ شَيْئًا مِنهَا، فَالهِبَةُ جَائِزَةٌ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ). لِأَنَّ هَذِهِ الشُّرُوطَ تُخَالِفُ مُقْتَضَى العَقْدِ، فَكَانَتْ فَاسِدَةً، وَالهِبَةُ لَا تَبْطُلُ بِهَا، أَلَا تَرَى «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَجَازَ العُمْرَى وَأَبْطَلَ شَرْطَ المُعْمِرِ» بِخِلَافِ البَيْعِ «لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ» وَلِأَنَّ الشَّرْطَ الفَاسِدَ فِي مَعْنَى الرِّبَا، وَهُوَ يَعْمَلُ فِي المُعَاوَضَاتِ دُونَ التَّبَرُّعَاتِ.

قَالَ: (وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَقَالَ: إِذَا جَاءَ غَدٌ فَهِيَ لَك، أَوْ أَنْتَ مِنهَا بَرِيءٌ، أَوْ قَالَ: إِذَا أَدَّيْتَ إِلَيَّ النِّصْفَ فَلَكَ نِصْفُهُ، أَوْ أَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ النِّصْفِ البَاقِي: فَهُوَ بَاطِلٌ)؛ لِأَنَّ الإِبْرَاءَ تَمْلِيكٌ مِن وَجْهٍ، إِسْقَاطٌ مِن وَجْهٍ، وَهِبَةُ الدَّيْنِ مِمَّنْ عَلَيْهِ إِبْرَاءٌ، ....

قوله: (فالهبة جائزة والشرط باطل)، وبه قال الشافعي، وأحمد في رواية، وأبو ثور، وعن أحمد وأبي ثور في صحة الهبة بالشرط الفاسد وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع.

ثم قوله: (أو يعوضه شيئًا منها)، متصل بقوله (أو تصدق بدار)؛ لأنه لو وصل بقوله (أو وهب دارًا) كان هبة بشرط العوض، والهبة بشرط العوض صحيح، والشرط صحيح حتى تكون هبة وبيعًا انتهاءً وقد مر، وإنما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة، اللهم إلا إن أراد بقوله: (أو يعوضه شيئًا) هو أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار، فيصح صرف قوله: (أو يعوضه) حينئذ إلى قوله (أو وهب دارًا) إلا أنه يلزم التكرار بلا فائدة.

قوله: (وهبة الدين عمن عليه إبراء)، وبه قال الشافعي[1]، وهل يفتقر الإبراء إلى القبول عنده؟ فيه وجهان، في وجه: يفتقر، قيل: هذا يستقيم على قول زفر؛ فإنه قال: تتم هبة الدين بلا قبول كالإبراء، فسوى بينهما.

أما عندنا: الهبة لا تتم بدون القبول، وفيه معنى التمليك، ولهذا يرتد بالرد، والإبراء يتم من غير قبول، هكذا ذكره في المبسوط[2].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٧/ ٥٥٢)، والبيان للعمراني (١٣/ ٤٣٤).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٨٤).

وَهَذَا؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ مَالٌ مِن وَجْهٍ، وَمِن هَذَا الوَجْهِ كَانَ تَمْلِيكًا، وَوَصْفٌ مِن وَجْهٍ، وَمِن هَذَا الوَجْهِ كَانَ إِسْقَاطًا، وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنَّهُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى القَبُولِ.

وَالتَّعْلِيقُ بِالشُّرُوطِ يَخْتَصُّ بِالإِسْقَاطَاتِ المَحْضَةِ الَّتِي يُحْلَفُ بِهَا كَالطَّلَاقِ وَالعِتَاقِ فَلَا يَتَعَدَّاهَا.

ولكن ذكر في المغني أن هبة الدين لا تتوقف على القبول في حق المديون، أما هبة الدين للكفيل تمليك فيتوقف على القبول، وفيه: أن هبة دين الصرف والمسلم فيه وإبراؤه يتوقف على القبول، وفي سائر الديون لا يتوقف الإبراء باتفاق الروايات.

وفي الهبة روايتان، قيل في الفرق بينهما، أن إبراء بدل الصرف والمسلم فيه يوجب انفساخ العقد؛ لأنه يوجب فوات القبض المستحق بالعقد فلم ينفرد أحد العاقدين به فيتوقف على قبول الآخر، بخلاف الإبراء عن سائر الديون؛ لأنه ليس فيه معنى فسخ عقد ثابت، وإنما فيه معنى التمليك من وجه، ومعنى الإسقاط من وجه كما ذكر في الكتاب، فلا يتوقف على القبول، كذا في الذخيرة.

قوله: (وهذا لأنه)، أي: الدين **(مال من وجه)** حتى تجب فيه الزكاة، ويصح البيع بالدين، **(ووصف)** في الحال حتى لا يحنث لو حلف أن لا مال له.

وقوله: (ولهذا يرتد بالرد) أي: أنه تمليك.

وقوله: (ولا يتوقف على القبول) أمارة الإسقاط.

قال الحلواني: اختلف أصحابنا؛ الأعمش، والإسكاف في توقيت الرد بمجلس الإبراء والهبة، ولكن الرواية عن السلف المجلس وغير المجلس في الرد سواء، وإنما اختلفوا لحرف ذكره محمد، وهو أن الموهوب له لو قال مكانه: لا أقبلها كان دينًا على حالها، ذكر مكانه، فقال أحدهما: هذا توقيت بالمجلس، وقال الآخر: ليس بتوقيت كما ذكره التمرتاشي.

قوله: (المحضة التي يحلف بها كالطلاق)؛ لأن التعليق بالشرط كالعفو عن القصاص والإقرار بالمال، ثم إبراء الدين وإن كان إسقاطًا من وجه ولكن ليس من جنس ما يحلف بها فلا يصح تعليقه بالشرط، بخلاف ما لو قال: أنت بريء

قَالَ: (وَالعُمْرَى جَائِزَةٌ لِلْمُعْمَرِ لَهُ حَالَ حَيَاتِهِ، وَلِوَرَثَتِهِ مِن بَعْدِهِ) لِمَا رَوَيْنَا. وَمَعْنَاهُ: أَنْ يَجْعَلَ دَارَهُ لَهُ عُمُرَهُ. وَإِذَا مَاتَ تُرَدُّ عَلَيْهِ: فَيَصِحُّ التَّمْلِيكُ، وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ ....

من النصف على [٢/ ٣٠٧/ أ] أن تؤدي إليَّ النصف الآن؛ لأن ذلك ليس بتعليق بل هو تقييد ألا ترى أنه لو قال لعبده: أنت حر على أن تؤدي إليَّ ألف درهم فقبل فإنه لا يعتق قبل الأداء، كذا ذكره قاضي خان، والمحبوبي(١).

ثم يحتاج ههنا إلى بيان الإسقاطات المحض التي لا يحلف بها، والتي يحلف بها، وإلى بيان ما يصح تعليقه، والذي لا يصح تعليقه، وإلى بيان ما يصح إضافته إلى زمان في المستقبل، وما لا يصح، وإلى بيان ما يبطل بالشرط الفاسد، وما لا يبطل.

قال أبو الفضل رحمه الله: جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط، ويبطل بالشرط الفاسد ثلاثة عشر: البيع، والقسمة، والإجارة، والرجعة، والصلح عن مال، والإبراء عن الدين، والحجر على المأذون، وعزل الوكيل - في رواية شرح الطحاوي -، وتعليق إيجاب الاعتكاف بالشرط، والمزارعة، والمعاملة، والإقرار، والوقف - في رواية -.

وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون: الطلاق، والخلع بمال، وبغير مال، والقضاء، والإمارة، والرهن، والقرض، والهبة، والصدقة، والوصاية، والشركة، والمضاربة، والتحكيم عند محمد، والكفالة، والحوالة، والإقالة، والنسب، وإذن العبد في التجارة، ودعوة الولد، والصلح عن دم العمد، والجراحة التي فيها القصاص حالًا أو مؤجلًا، وجناية الغصب، والوديعة، والعارية إذا ضمنها رجل وشرط فيها كفالة أو حوالة، وعقد الذمة، وتعليق الرد بالعيب بالشرط، وتعليق الرد بخيار الشرط، وعزل القاضي، والنكاح لا يصح تعليقه بالشرط ولا إضافته، ولكن لا يبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط، وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر، وكذا الهبة،

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٥/ ١٠٤)، والبناية شرح الهداية للعيني (١٠/ ٢١٣).

لِمَا رَوَيْنَا، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الهِبَةَ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ (وَالرُّقْبَى بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: جَائِزَةٌ)(*)؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: «دَارِي لَكَ» تَمْلِيكٌ. وَقَوْلُهُ:

والصدقة، والكتابة بشرط متعارف وغير متعارف تصح ويبطل الشرط، هذه الجملة في بيوع العدة.

وذكر في إجازتها جملة ما تصح إضافته إلى زمان في المستقبل أربعة عشر: الإجارة وفسخها، والمعاملة، والمضاربة، والوكالة، والكفالة، والإيصاء، والقضاء، والإمارة، والطلاق، والعتاق، والوقف.

وما يصح إضافته إلى زمان في المستقبل: البيع، وإجازة البيع، والقسمة، والشركة، والهبة، والنكاح، والرجعة، والصلح عن مال، والإبراء عن مال، والإبراء عن الدين.

قوله: (لما روينا)، وهو قوله عليه الصلاة والسلام أجاز العُمْرَى وبطل شرط المعمر[١]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «**مَن أعمرَ عُمرَى فهِيَ لِلمُعمَرِ لَهُ ولِورثَتِهِ من بَعدِهِ**»[٢]، وبقولنا قال الشافعي[٣]، وأحمد[٤]، وهو قول جابر بن عبد الله، وابن عباس، وابن عمر، وروي ذلك عن علي، وشريح، ومجاهد، وطاوس، والثوري[٥].

وقال مالك[٦]، والليث، والشافعي في القديم[٧]: العُمرَى تمليك المنافع

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) لعله يريد ما أخرجه مسلم (٣/ ١٢٤٥ رقم ١٦٢٥) عن جابر بن عبد الله الأنصاري: أن رسول الله ﷺ قال: «أيُّما رجلٍ أُعمِرَ رجُلًا عُمرَى لهُ ولِعَقِبِهِ، فقال: قد أعطَيْتُكَها وعَقِبَكَ ما بقيَ مِنكُم أحدٌ، فإنها لِمَنْ أُعْطِيَها، وإنها لا ترجِعُ إلَى صاحِبها، من أجْلِ أنهُ أعطَى عطاءً وقعَتْ فيه المَواريثُ».

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٤٦ رقم ١٦٢٥) عن جابر بن عبد الله الأنصاري قال: قال رسول الله ﷺ: «أمْسِكوا علَيكُم أموالَكُم ولا تفسِدوها، فإنهُ مَن أعمرَ عُمرَى فهي للّذي أُعمِرَها حيًّا وميتًا، ولِعَقبهِ».

(٣) انظر: الأم للشافعي (٤/ ٦٦)، والحاوي الكبير للماوردي (٧/ ٥٣٩).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٦٨)، والإنصاف للمرداوي (٧/ ١٣٤).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٦٨).

(٦) انظر: القوانين الفقهية لابن جَزِّي (ص ٢٤٥)، وشرح مختصر خليل للخرشي (٧/ ١١١).

(٧) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٧/ ٥٤٠)، والبيان للعمراني (٨/ ١٣٩).

«رُقْبَى» شَرْطٌ فَاسِدٌ كَالعُمْرَى. وَلَهُمَا: «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَجَازَ العُمْرَى وَرَدَّ الرُّقْبَى» وَلِأَنَّ مَعْنَى الرُّقْبَى عِنْدَهُمَا: إنْ مِتُّ قَبْلَكَ فَهُوَ لَكَ، وَاللَّفْظُ مِن المُرَاقَبَةِ كَأَنَّهُ يُرَاقِبُ مَوْتَهُ، وَهَذَا تَعْلِيقُ التَّمْلِيكِ بِالخَطَرِ فَبَطَلَ. وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ تَكُونُ عَارِيَةً عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ إطْلَاقَ الِانْتِفَاعِ بِهِ.

لا تمليك العين، ويكون للمُعْمَرِ السكنى، فإذا مات عادت إلى المُعْمِرِ، وإن قال له: ولعقبه، كان سكناها لهم، فإذا انقرضوا عادت إلى المعمر؛ لأن هذا التصرف إلى المنافع؛ لأن تمليك الرقبة لا يتأقت.

وعن ابن الإعرابي: لم يختلف العرب في العُمرَى، والرُّقبَى، والاحتيال، والمنحة، والعرية، والعارية، والسكنى أنها على ملك أربابها، ومنافعها لمن جعلت له، وبكل إجماع أهل المدينة على ذلك.

ولنا ما روى جابر أنه عليه الصلاة السلام قال: «**أمسِكُوا علَيكُم أموالَكُم ولا تُفسِدوها فإنّهُ من أعمَرَ عُمرَى فهِيَ لِلّذي أعْمَرَها حيًّا وميِّتًا لعَقِبِهِ**»، رواه مسلم[(١)]، وفي لفظة: قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهبت له. متفق عليه[(٢)]، ورواه ابن ماجه عن ابن عمر[(٣)].

وقد روى مالك حديث العُمرَى في الموطأ[(٤)]، وهو صحيح، رواه جابر، وابن عمر، وابن عباس، ومعاوية، وزيد بن ثابت، وأبو هريرة، وما نقل من إجماع أهل المدينة غير صحيح لاختلاف كثير من الصحابة، وقول ابن الأعرابي أنها عند العرب تمليك المنافع لا تضر إذا تكفلها[(٥)] الشارع إلى تمليك الرقبة كما في الصلاة والزكاة.

قوله: (ومعناه أن يجعل)[(٦)] إلى آخره، هذا في بعض النسخ، وقيل: صورة

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٤٦ رقم ١٦٢٥).

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ١٦٥ رقم ٢٦٢٥)، ومسلم (٣/ ١٢٤٦ رقم ١٦٢٥).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٩٦ رقم ٢٣٨٢) عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «لا رُقبَى، فمَنْ أرقبَ شيئًا فهوَ لهُ حياتَهُ ومماتَهُ» قال: والرُّقبَى: أن يقول هو للآخر: مِنّي ومِنكَ موتًا.

(٤) أخرجه مالك في الموطأ (٤/ ١٠٩٣ رقم ٢٧٩٦).

(٥) وفي النسخة الثاني: (نقلها). (٦) انظر المتن ص ٢١٥.

....

العُمرَى أن يقول: أعمَرْتُكَ داري هذه، أو هي لكَ عُمْري، أو ما عشت، أو مدة حياتِكَ، أو ما حَيِيتَ، فإذا مِتَّ فهي رَدٌّ عليَّ، أو نحو هذا، سُمِّيت عُمْرَى لتقييدها بالمُعْمِر.

والرُّقْبَى أن يقول: أرقبتك هذه الدار وهي لك حياتَكَ، على أنكَ إن متَّ قبلي عادت إليَّ، [٢/ ٣٠٧/ب] وإن متُّ قبلكَ فهي لكَ ولِعَقِبِكَ، فكأنه يقول: هي لآخرنا موتًا، سميت رقبى لأن كل واحد يرقب موت صاحبه.

وكذا لو قال: داري لك رُقبَى، أو حبيسٌ، تفسيره أن يقول: هو حبيس عندي، فإن متُّ فهي لك.

ثم الرقبى باطلة عند أبي حنيفة، ومحمد، وبه قال مالك؛ لما روي أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العُمرَى وأبطل الرُّقبَى[(١)].

وقال أبو يوسف: جائزة، وبه قال الشافعي، وأحمد؛ لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**العُمرَى جائزةٌ لأهْلِها، والرُّقبَى جائزةٌ لأهْلِها**»، رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن[(٢)].

ولأن قوله: داري لكَ، تمليك صحيح، وقوله: رُقبَى، أو حبيسٌ، شرط فاسد؛ لأنه شرط رد الملك عليه بعد الموت؛ لأن معناه ملكتُكَ داري فهي هذه وهي محبوسة عندي لكَ، فإن متُّ فهي لكَ، أو أراقب موتك ليعود إليّ فيكون بمنزلة العُمْرَى.

وحاصل اختلافهم راجع إلى تفسير الرُّقْبَى مع اتفاقهم أنها من المراقبة، فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تمليك للحال، والرجوع إلى الواهب منتظر فيكون كالعُمْرَى.

---

(١) قال النووي: قال أحمد: هذا حديث لا نعرفه. المجموع (١٥/ ٣٩٦)، وقال العمراني: وما رووه غير معروف. البيان (٨/ ١٤١)، وقال ابن قدامة: وحديثهم لا نعرفه. المغني (٦/ ٧٠).

(٢) أخرجه أبو ادود (٣/ ٢٩٥ رقم ٣٥٥٨)، والترمذي (٣/ ٢٧ رقم ١٣٥١)، والنسائي (٦/ ٢٧٤ رقم ٣٧٣٩)، وابن حبان (٢٢/ ٥٣١ رقم ٥١٢٩)، وأحمد (٣/ ٣٠٣ رقم ١٤٢٩٣) من حديث جابر بن عبد الله ﵄.

....

وقالا: المراقبة في نفس التمليك؛ لأن معناه: لآخِرِنا موتًا، وكان هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المُمَلِّكِ قبله وذا باطل.

وفي الأسرار: حمل أبو يوسف حديث بطلان الرقبى على أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الرقبة التي بمعنى المراقبة، يعني راقب موتي، إن متُّ قبلَكَ فهي لكَ، فعلَى هذا الوجه لا يصح بالاتفاق، وعلى الوجه الأَوْلَى كالعُمرَى فيصح بالاتفاق[١].

وقال ابن قدامة في المغني: حديثهم أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العُمرَى وأبطل الرُّقبَى لا نعرفه[٢].

قلنا: هذا لا يوجب الطعن؛ فإن الثقات مثل مالك، وأبو حنيفة تمسكوا به.

وفي المبسوط: حديثه مروي عن ابن الزبير[٣]، عن جابر، وحديثهما مروي عن الشعبي، عن شريح، والحديثان صحيحان، فلا بد من التوفيق بينهما، فنقول:

الرُّقبَى قد يكون بمعنى الإرقاب، وقد يكون بمعنى الرقب، فحيث قال: أجاز الرقبى كان بمعنى الإرقاب، بأن يقول: رقبة داري لك، وحيث قال: رُدَّ الرقبَى، كان من الترقب، وهو أن يقول: أرقبُ موتَك وتراقبُ موتي، فإن متُّ فهي لكَ، وإن مِتَّ فهي لي، فيكون هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المُمَلِّك قبله، وذلك باطل.

ثم لما احتمل المعنيان، والملك لذي اليد فيها ثابت بيقين فلا يزيله بالشك.

والجواب عن قوله: داري لك تمليك، وذلك إنما يصح إذا لم يفسر هذه الإضافة بشيء، أما إذا فسره بقوله: رقبى، أو: حبس، تبيّن أنه ليس بتمليك،

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (١٠/ ٢١٦).

(٢) المغني (٦/ ٧٠).

(٣) هكذا في الأصول الخطية: (ابن الزبير)، وهو خطأ، والصواب (عن أبي الزبير) كما هو في مصادر التخريج، وهو أبو الزبير محمد بن مسلم بن تدرس المكي.

فَصْلٌ: في الصَّدَقَةِ

قَالَ: (وَالصَّدَقَةُ كَالهِبَةِ لَا تَصِحُّ إِلَّا بِالقَبْضِ)؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ كَالهِبَةِ (فَلَا تَجُوزُ فِي مُشَاعٍ يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ) لِمَا بَيَّنَّا فِي الهِبَةِ (وَلَا رُجُوعَ فِي الصَّدَقَةِ)؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الثَّوَابُ وَقَدْ حَصَلَ. وَكَذَا إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى غَنِيٍّ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَقْصِدُ بِالصَّدَقَةِ

كما في قوله: داري لك سكنى، تكون عارية.

وفي المغرب: المهملة العين، وقول أبي يوسف في حديث جابر أنه أجاز الرقبى إنه من الإرقاب، بمعنى: رقبة داري لك، والاشتقاق من الرقبة مما لم يقله أحد، وإبداع الشيء ليس بمستحسن.

والصواب: أنه بمعنى المراقبة والترقب.

وأما قوله: الحديثان صحيحان، فإن كان كذلك فالتأويل ظاهر، وهو أن يراد بالرد والإبطال إبطال شرط الجاهلية، وبالإجازة أن يكون ذلك تمليكًا مطلقًا، ويدل عليه ما روى جابر أنه عليه الصلاة السلام قال: «**أمْسِكوا علَيكُم أموالَكُم لا تَعمُروها فمَنْ أعمَرَ شيئًا فهوَ لَهُ**»[1]، ألا ترى أنه عليه الصلاة السلام نهى ثم أجاز على اختلاف الفرضين، ويبقى الاشتقاق على أصل واحد كما هو القياس مع سلامة المعنى.

فَصْلٌ فِي الصَّدَقَةِ

لما بيَّن أحكام الهبة ألحقها فصل الصدقة؛ لمشاركتها الهبة في الشروط، وبفصل على حدة لمخالفتها إياها في الحكم، وقدَّم الهبة لعمومها في الكافرة، والمسلمة، وكثرة تفريعاتها.

قوله: (لما بينا في الهبة)، أراد به قوله: **(لأن في تجويزه إلزامه شيئًا لم يلتزمه وهو القسمة)**.

قوله: (استحسانًا)، وفي القياس ينبغي أن يرجع؛ لأن الصدقة في حق الغني هبة، وبه قال بعض أصحابنا؛ لأنه إنما يقصد به العوض منه دون الثواب فصار الهبة والصدقة فيه، كما أن الهبة والصدقة في حق الفقير سواء.

---

(١) تقدم تخريجه.

عَلَى الغَنِيِّ الثَّوَابَ. وَكَذَا إِذَا وَهَبَ الفَقِيرَ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ الثَّوَابُ وَقَدْ حَصَلَ.

(وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ: يَتَصَدَّقُ بِجِنْسِ مَا يَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمِلْكِهِ: لَزِمَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِالجَمِيعِ) وَيُرْوَى: أَنَّهُ وَالأَوَّلَ سَوَاءٌ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الفَرْقَ. وَوَجْهُ الرِّوَايَتَيْنِ فِي مَسَائِلِ القَضَاءِ (وَيُقَالُ لَهُ: أَمْسِكْ مَا تُنْفِقُهُ عَلَى نَفْسِكَ وَعِيَالِكَ إِلَى أَنْ تَكْتَسِبَ، فَإِذَا اكْتَسَبَ مَالًا يَتَصَدَّقُ بِمِثْلِ مَا أَنْفَقَ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِن قَبْلُ.

وجه الاستحسان: أن لفظ الصدقة يدل على أنه لم يقصد العوض، ومراعاة لفظه مع أن التصدق على الغني يكون قربة يستحق بها الثواب؛ فإن من له نصاب وله عيال كثيرة فالناس يتصدقون عليه على نيل الثواب، ولهذا تتأدى الزكاة بالتصدق عليه حالة الاشتباه، ولا رجوع فيه بالاتفاق، فكذلك عند العلم بحاله لا يثبت له [٢/ ٣٠٨/أ] حق الرجوع بالشك، كذا في المبسوط[١].

قوله: (في مسائل القضاء)، أي: من هذا الكتاب، في مسألة: مالي صدقة على المساكين، فقد مرت المسألة بوجوهها وتفريعاتها فيه.

وفي فتاوى الكبرى: إذا تصدق عن الميت، أو دعا له بعث إلى الميت ذلك على طبق من نور، وبه قال أحمد[٢]، و[قال][٣] الشافعي: لا يلحق الميت ما يفعل عنه[٤] من صدقة تصدق بها له، أو دعاء يدعى له، أو قراءة قرآن[٥].

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٩٢).

(٢) انظر: مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه (١٧٥٠).

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٤) في الأصل: (لا يلحق الميت ما يفعل عنه)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٥) في هذا الموطن من النسخ الخطية اضطراب.

وقد قال الشافعي رحمه الله: يَلحَقُ الميت مِن فعلِ غيرِه وعملِهِ ثلاثٌ: حجٌّ يُؤدَّى عنه، ومالٌ يُتصَدَّقُ به عنه، أو يُقْضَى، ودُعاءٌ، فأما ما سوى ذلك من صلاة، أو صيام فهو لفاعله دون الميت. الأم (٤/ ٢٦).

كِتَابُ الإيجَارَاتِ

(كِتَابُ الْإِجَارَاتِ)

لما فرغ من تمليك العين بغير عِوض شرع في تمليك المنفعة بعِوض، وقدَّم الهبة على الإجارة لأنها تمليك العين، والعين مقدم على المنفعة، ولأن فيها عدم العِوض، والعدم مقدم على الوجود، ووصله بفصل الصدقة.

ثم من محاسن الإجارة دفع الحاجات بقليل من الأبدال، ولهذا قيل: إن الفقير ينتفع بفلوسه من الاستحمام مثل انتفاع غني يصرف الألوف لاستحمامه.

ثم الإجارة لغة: فِعالَةٌ من الأجر، اسم للأجرة، وهو العوض، قال تعالى: ﴿لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ [الكهف:٧٧]، وسمي الثواب أجرًا لأنه تعالى يعوض العبد به.

وقد أجّره إذا أعطاه أجرته، من باب: طلَبَ وضَرَبَ، فهو آجر، وذاك مأجور.

وفي العين، والأساس: أجّرت مملوكي، وأجَّرني دارَه فاستأجرتها، أو أجَّره إيجارًا فهو مؤجِّر، ولا تقل: مؤاجر فإنه خطأ وقبيح.

أما الخطأ فظاهر، وهو أنه مهموز أفعل.

وأما قوله: مؤاجر، معتل فاعل، والقبح أنه استعمل في موضع قبيح.

ثم قال: وليس آجر هذا: فاعل، ولكن: أفعل، وإنما الذي هو فاعل قولك: آجر الأجير مؤاجرة، كقولك: شاهره وعارضه[١].

فالحاصل أنك إذا قلت: آجره الدار، أو المملوك فهومن (أفعل) لا غير، وإذا قلت: أجَّر الأجير كان مؤجرًا، وأما اسم الفاعل فمن نحو: آجره الدار

---

(١) انظر: العين للخليل بن أحمد (٦/ ١٧٣)، وأساس البلاغة للزمخشري (١/ ٢١).

(الإِجَارَةُ: عَقْدٌ عَلَى المَنَافِعِ بِعِوَضٍ) لِأَنَّ الإِجَارَةَ فِي اللُّغَةِ بَيْعُ المَنَافِعِ، وَالقِيَاسُ يَأْبَى جَوَازَهُ؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ المَنْفَعَةُ، وَهِيَ مَعْدُومَةٌ، وَإِضَافَةُ التَّمْلِيكِ إِلَى مَا سَيُوجَدُ لَا يَصِحُّ، إِلَّا أَنَّا جَوَّزْنَاهُ لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهِ، وَقَدْ شَهِدَتْ بِصِحَّتِهَا الآثَارُ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ»

مؤجر، والأجر في معناه غلط محض، واسم المفعول من: أَجَّرهُ الدار مؤجر لا مؤاجر، ومن أجر الأجير: مؤجر ومؤاجر؛ لأنه يحتمل أن يكون قوله: آجر الأجير من أفعل، أو من فاعل، هذا حاصل ما ذكره في المغرب(١).

والإجارة في اللغة كذا يعني يستعملونه في بيع المنفعة، وفي الشرع: بيع منفعة معلومة بأجر معلوم.

قوله: (وقد شهدت بصحتها الآثار)، أي: ثبتت شرعيتها بالآثار، والكتاب أيضًا، قال تعالى: ﴿وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء:٢٥]، وقال تعالى: ﴿لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ [الكهف:٧٧]، وقال تعالى في قصة موسى: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص:٢٧]، وشريعة من قبلنا لازم علينا ما لم يقم دليل انتساخه.

قوله: (وهو)، أي: الأثر، أو الآثار، أو ذكره بالنظر إلى الخبر: «**أَعْطُوا الأجيرَ أجرَهُ**»(٢)، فالأمر بإعطاء الأجر دليل صحة العقد.

وفي المبسوط: بُعث النبي عليه الصلاة والسلام والناس يباشرونه فأقرَّهم على ذلك وبين أحكامه(٣).

والسنة في الباب كثيرة، وأجمع أهل كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة، إلا ما حكي عن عبد الرحمن الأصم أنه قال: لا يجوز وذلك لأنه غرر، يعني بعقد على منافع لم تخلق، وهذا غلط لا يمنع انعقاد الإجماع الذي سبق.

وركنها: الإيجاب والقبول بالألفاظ الموضوعة لعقد الإجارة، وتنعقد

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٢٠).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) المبسوط للسرخسي (١٥/ ٧٤).

وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ» ....

بلفظين يعبر بهما عن الماضي، نحو أن يقول أحدهما: آجرت، ويقول الآخر: قبلت.

ولا ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل نحو أن يقول: أجِّرني، فيقول الآخر: آجرتُ، اعتبار البيع المنفعة ببيع العين.

وتنعقد بلفظ الإعارة، حتى لو قال: أعرتك هذه الدار شهرًا بكذا، أو قال: كل شهر بكذا، أو هذا الشهر بكذا تنعقد، وكذا لو قال: وهبتكَ منافع هذه الدار شهرًا بكذا، أو ملكتك منافعها بكذا يجوز.

وينعقد بالتعاطي فإن محمدًا ذكر في إجارات الأصل: استأجر قدورًا بغير أعيانها لا يجوز؛ لتفاوت القدور من حيث الصغر، والكبر، فإن جاء بقدور وقَبِلَها منه على الكراء الأول جاز، وتكون هذه إجارة مبتدأ بالتعاطي.

وقال شيخ الإسلام: لا تنعقد بلفظ البيع، وينبغي أن يجوز استعارة لفظ البيع، إن أضيف إلى الدار فهو صالح لتمليك عينها، فلا يجوز أن يجعل مجازًا عن غيره، وإن أضيف إلى المنفعة والمنفعة معدومة، والمعدوم لا يصلح لإضافة العقد.

وقيل: على هذا ينبغي أن لا تنعقد بلفظ الهبة والتمليك [٢/ ٣٠٨/ ب]، وبالإجماع تنعقد بهما.

وفي العيون: لو باشر العقد على العين بلفظ الإجارة، أو باشر على المنفعة بلفظ الإجارة يجوز؛ لأن لفظ الإجارة لا يختص بتمليك الأعيان، وكل لفظ لا يختص بتمليك الأعيان ملحق بلفظ الإجارة، وكل لفظ يختص بتمليك الأعيان لا يلحق بالإجارة، والبيع يختص بتمليك الأعيان فلا يلحق بالإجارة، والعارية والهبة والتمليك لا تختص بتمليك الأعيان فتلحق بالإجارة؛ لأن الإجارة على خلاف القياس؛ لأنها ترد على المعدوم، والمعدوم لا يصلح للعقد، إلا أن الشرع ورد بجوازها إذا باشر العقد بلفظ الإجارة فينعقد به وبما هو ملحق به،

وَتَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً عَلَى حَسَبِ حُدُوثِ المَنْفَعَةِ، وَالدَّارُ أُقِيمَتْ مَقَامَ المَنْفَعَةِ فِي

فبقي لفظ البيع على أصل القياس[(١)]، وعند الشافعي[(٢)]، وأحمد[(٣)] في وجه ينعقد بلفظ البيع لجواز استعارة السبب للمسبب، وعن أحمد لا ينعقد بلفظ البيع كقولنا[(٤)].

قوله: (**وتنعقد ساعة فساعة**) إلى آخره، اعلم أن محل العقد المنافع، وهو قول مالِك، وأحمد، وأكثر أصحاب الشافعي، وأكثر أهل العلم، وقال بعض أصحاب الشافعي: محل العقد العين؛ لأنها الموجودة، والعقد يضاف إليها، فيقول: أجَّرتك داري.

وقلنا: المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك المنافع لا الأعيان؛ لأن الأجر في مقابلة المنفعة دون العين، وإضافة العقد إلى العين لأنها محل المنفعة، ولهذا قال أصحابنا: ينعقد ساعة فساعة في حق المحل على حسب حدوث المنافع، والعين جعلت خلفًا بالعقد حال وجود المنفعة.

وهذا كالسلم فإنه مقام الذمة التي هي محل للمسلم فيه مقام المعقود عليه في حق جوار السلم.

وعند الأئمة الثلاثة تجعل المنافع المعدومة كالموجودة حكمت ضرورة تصحيح العقد.

وفي الإيضاح، والأسرار: ينبني على هذا الأصل مسائل الشافعي، منها: أن الأجرة تملك بنفس العقد عنده، ويستوفى للحال لأنه أعطى للمنافع المعدومة حكم الوجود فصارت بمنزلة بيع عين موجود، وذلك يوجب الثمن حالًا.

ومنها: ما لو آجر داره فلم يسلمها مدة لم يجبر على التسليم في باقي المدة، كما لو اشترى شيئين صفقة ولم يسلمها حتى هلك أحدهما.

---

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٧/ ٣٩٣).

(٢) انظر: البيان للعمراني (٧/ ٢٩٥)، والمجموع للنووي (١٥/ ٧).

(٣) انظر: الكافي لابن قدامة (٢/ ١٦٩)، والإنصاف للمرداوي (٦/ ٤).

(٤) المصادر السابقة.

حَقِّ إِضَافَةِ العَقْدِ إِلَيْهَا لِيَرْتَبِطَ الإِيجَابُ بِالقَبُولِ، ثُمَّ عَمَلُهُ يَظْهَرُ فِي حَقِّ المَنْفَعَةِ مِلْكًا وَاسْتِحْقَاقًا حَالَ وُجُودِ المَنْفَعَةِ.

(وَلَا تَصِحُّ حَتَّى تَكُونَ المَنَافِعُ مَعْلُومَةً، وَالأُجْرَةُ مَعْلُومَةً) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ الجَهَالَةَ فِي المَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَفي بَدَلِهِ تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ كَجَهَالَةِ الثَّمَنِ وَالمُثَمَّنِ فِي

ومنها: إذا مات أحد المتعاقدين لم يبطل العقد عنده وورث المنافع.

ومنها: لو مات الموصى له بسكنى الدار ورث عنده السكنى.

ومنها: ما لو آجر عبده، ثم أعتقه بقي العقد؛ لأن منافعه صارت في حكم المملوك للمستأجر.

ومنها: ما لو أجر الوصي اليتيم سنة ثم بلغ لم يملك نقض العقد، كما لو باع ماله.

ومنها: ما أجاز[1] سكنى داره بسكنى دار أخرى يجوز عنده كبيع الدار بالدار.

وما قلنا أولى مما قال؛ لأن الدار خلف في حق إضافة العقد بلا خلاف.

ثم بعد ذلك يتأخر عمل اللفظ إلى حين وجود المنفعة، وحكم العقد يقبل الفصل من العقد كما في البيع بخيار الشرط، فكان ما قلنا تغيير أمر شرعي بدليل شرعي؛ فإن إقامة السبب مقام المسبب أصل في الشرع كإقامة السفر مقام المشقة والبلوغ مقام كمال العقل وهلم جرًّا من النظائر، وفيما ذكره قلب الحقيقة، وفيه نوع تأمل.

قوله: (ولا تصح) أي، العقد (حتى تكون المنافع معلومة) إلى آخره، هذا شروع في بيان شروط عقد الإجارة، وشرط كون المنفعة والأجرة معلومة بلا خلاف.

وقوله: (لما روينا) إشارة إلى قوله عليه السلام: «**مَنِ استأجَرَ أجيرًا فَلْيُعلِمْهُ أجرَهُ**»[2]، فعبارته تدل على اشتراط إعلام الأجرة، وبدلالته على اشتراط إعلام

---

(١) كذا في الأصل، وفي النسخة الثانية: (ومنها: ما آجر)، ولعل صوابها: ومنها ما لو آجر.

(٢) تقدم تخريجه.

البَيْعِ (وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي البَيْعِ جَازَ أَنْ يَكُونَ أُجْرَةً فِي الإِجَارَةِ)؛ لِأَنَّ الأُجْرَةَ ثَمَنُ المَنْفَعَةِ، فَتُعْتَبَرُ بِثَمَنِ المَبِيعِ.

وَمَا لَا يَصْلُحُ ثَمَنًا يَصْلُحُ أُجْرَةً أَيْضًا كَالأَعْيَانِ.

فَهَذَا اللَّفْظُ لَا يَنْفِي صَلَاحِيَّةَ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ عِوَضٌ مَالِيٌّ (وَالمَنَافِعُ تَارَةً تَصِيرُ

المنافع؛ لأن اشتراط إعلامها لقطع المنازعة، والمنفعة يشاركها في هذا المعنى، بل هي الأصل في العقد فجهالتها أولى أن تكون مانعة للصحة.

قوله: (كالأعيان)، أي: الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال؛ كالحيوانات، والعدديات المتفاوتة فإنها لا تصلح ثمنًا أصلًا لما ذكرنا في البيوع أن الأصول ثلاثة: ثمن محض: كالدراهم، ومبيع محض: كالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال، وما كان بينهما: كالمكيلات والموزونات.

ثم الأعيان إنما تصلح أجرة إذا كانت [٢/ ٣٠٩/أ] معينة، أما إذا كانت دينًا لا تصلح أجرة لأن الحيوان لا يثبت في الذمة بدلًا عما هو مال، كذا في المغني.

قوله: (وهذا اللفظ)، أي: قوله (ما جاز أن يكون ثمنًا في البيع) إلى آخره.

(لا ينفي صلاحية غيره)، أي: غير الثمن، (لأنه)، أي: الأجرة على تأويل الأجر عوض مالي فيعتمد وجود المال، والأعيان مال، وبه قالت الأئمة الثلاثة حتى قالوا: يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار؛ لأن السكنى يجوز أن تكون ثمنًا فيجوز أن تكون أجرة، وتجيء هذه المسألة.

وكره الثوري الإجارة بطعام موصوف في الذمة؛ لأن المنفعة غير موجودة في الحال فيلزم بيع الكالئ بالكالئ.

وقلنا: إنه عوض يجوز في البيع فيجوز في الإجارة؛ كالذهب والفضة.

ثم الأجرة إن كانت من النقود يشترط بيان جنسها وحقيقتها بأنها جيدة، أو وسط، أو رديء، وإن كانت مكيلًا أو موزونًا أو عدديًّا متقاربًا يشترط فيها بيان القدر والصفة، ويحتاج إلى بيان مكان الإيفاء إذا كان له حمل ومؤنة عند أبي حنيفة، خلافًا لباقي العلماء.

مَعْلُومَةً بِالمُدَّةِ كَاسْتِئْجَارِ الدُّورِ لِلسُّكْنَى وَالأَرْضِينَ لِلزِّرَاعَةِ، فَيَصِحُّ العَقْدُ عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيِّ مُدَّةٍ كَانَتْ)؛ لِأَنَّ المُدَّةَ إِذَا كَانَتْ مَعْلُومَةً كَانَ قَدْرُ المَنْفَعَةِ فِيهَا مَعْلُومًا إِذَا كَانَتِ المَنْفَعَةُ لَا تَتَفَاوَتُ. وَقَوْلُهُ: «أَيِّ مُدَّةٍ كَانَتْ» إِشَارَةً إِلَى أَنَّهُ يَجُوزُ طَالَتْ المُدَّةُ أَوْ قَصُرَتْ لِكَوْنِهَا مَعْلُومَةً، وَلِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ إِلَيْهَا عَسَى، ....

وإن كان عرضًا أو ثوبًا يشترط فيه شرائط السلم؛ لأن وجوبه في الذمة عرف بالشرع، والشرع ورد بطريق السلم، وفي هذا كله إذا كانت الأجرة عينًا فإعلامه بالإشارة لأنها أبلغ أسباب التعريف، وإن كانت الأجرة حيوانًا لا يجوز إلا إذا كان عينًا لعدم ثبوت الحيوان في الذمة بدلًا عما هو مال.

قوله: (**أي مدة كانت**)، وبه قال كافة أهل العلم، إلا أن أصحاب الشافعي اختلفوا في مذهبه، فمنهم من قال: له قولان، أحدهما: كقول سائر [أهل][1] العلم، وهو الصحيح، والثاني: لا يجوز أكثر من سنة؛ لأن جوازه للحاجة، ولا حاجة في أكثر من السنة.

ومنهم من قال قول ثالث: إنها لا تجوز أكثر من ثلاث سنين؛ لأن الغالب أن الأعيان لا تبقى أكثر منها، وتتغير الأسعار والأجر.

وقلنا: هذا مخالف لقوله تعالى: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧]، وشرعُ من قبلنا شرعٌ لنا ما لم يقم دليل على نسخه، ولأن ما جاز العقد عليه سنة جاز أكثر منها؛ كالبيع، والنكاح، والمساقاة، والتقدير لسنة، أو ثلاث سنين تحكم لا دليل عليه.

قوله: (**إذا كانت المنفعة لا تتفاوت**)، وبهذا يحترز عن استئجار الأرض للزراعة إلى مدة معلومة حيث لا يصح، حتى يسمي ما يزرع فيها على ما يجيء.

قوله: (**طالت المدة أو قصرت**)، **إلى قوله**: (**لتحقق الحاجة إليها عسى**)، وفي الذخيرة: لو وقتا مدة الإجارة وقتًا لا يعيش إليها أحدهما قيل: لا يصح، وبه أفتى القاضي أبو عاصم العامري؛ لأن الغالب كالمتيقن في حق الأحكام، فكانت الإجارة مؤبدة، والتأبيد يبطل الإجارة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

إِلَّا أَنَّ فِي الأَوْقَافِ لَا تَجُوزُ الإِجَارَةُ الطَّوِيلَةُ كَيْ لَا يَدَّعِيَ المُسْتَأْجِرُ مِلْكَهَا وَهِيَ مَا زَادَ عَلَى ثَلَاثِ سِنِينَ هُوَ المُخْتَارُ. قَالَ: (وَتَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِنَفْسِهِ، كَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا عَلَى صَبْغِ ثَوْبِهِ، أَوْ خِيَاطَتِهِ، أَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مَعْلُومًا، أَوْ يَرْكَبَهَا مَسَافَةً سَمَّاهَا)؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَيَّنَ الثَّوْبَ وَلَوْنَ الصَّبْغِ وَقَدْرَهُ وَجِنْسَ الخِيَاطَةِ وَالقَدْرَ المَحْمُولَ وَجِنْسَهُ وَالمَسَافَةَ. صَارَتْ المَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً فَيَصِحُّ العَقْدُ، وَرُبَّمَا يُقَالُ: الإِجَارَةُ قَدْ تَكُونُ عَقْدًا عَلَى العَمَلِ كَاسْتِئْجَارِ القَصَّارِ وَالخَيَّاطِ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ العَمَلُ مَعْلُومًا وَذَلِكَ فِي الأَجِيرِ المُشْتَرَكِ، وَقَدْ تَكُونُ عَقْدًا عَلَى المَنْفَعَةِ ......

وقال الخصاف: يجوز؛ لأن العبرة لِلَّفظ، وأنه يقتضي التوقيت، ولا عبرة بموت أحدهما قبل انتهاء المدة؛ لأن ذلك عسى يوجد، وعسى لا يوجد، كما لو زوج امرأة إلى مائة سنة فإنه توقيت لا تأبيد حتى يكون منعه، وإن كانت المدة لا يعيش إليها غالبًا وجعل نكاحًا مؤقتًا اعتبارًا للفظ.

قوله: (هو المختار)، تكلموا في إجارة الأوقاف أكثر من ثلاث سنين، قال مشايخ بلخ: لا يجوز، وقال غيرهم: يجوز، وبه قال أكثر أهل العلم، ولكن يرفع إلى الحاكم حتى يبطله، وبه أفتى الفقيه أبو الليث، كذا في التتمة.

والحيلة في الجواز أكثر من ثلاث سنين أن يرفع إلى حاكم حتى يجوزه، كذا في جامع أبي اليسر.

وكان الصدر الشهيد يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع، إلا إذا كانت المصلحة في عدم الجواز[(١)] فيما زاد على سنة.

وفي شرح حيل الخصاف: قال بعض مشايخنا: الحيلة لجواز إجارة الطويلة على الأوقاف أن يعقدوا عقودًا متفرقة على الأوقاف، كل عقد إلى سنة فيكتب في الصك كذلك، فيكون العقد الأول لازمًا، والثاني غير لازم؛ لأنه مضاف، كذا في الذخيرة.

قوله: (تصير معلومة)، أي: المنافع معلومة بنفس عقد الإجارة.

---

(١) وقع تكرار في الأصل.

كَمَا فِي أَجِيرِ الوَحْدِ، وَلَا بُدَّ مِن بَيَانِ الوَقْتِ. قَالَ: (وَتَارَةً تَصِيرُ المَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً بِالتَّعْيِينِ وَالإِشَارَةِ، كَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَنْقُلَ لَهُ هَذَا الطَّعَامَ إِلَى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ)؛ لِأَنَّهُ إِذَا آرَاهَ مَا يَنْقُلُهُ وَالمَوْضِعَ الَّذِي يَحْمِلُ إِلَيْهِ كَانَتْ المَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً فَيَصِحُّ العَقْدُ.

بَابُ الأَجْرِ مَتَى يُسْتَحَق

قَالَ: (الأُجْرَةُ لَا تَجِبُ بِالعَقْدِ، ....

قوله: (كما في أجير الوحْدِ)، وفي بعض النسخ: (الأجير الوحْدِ)، والأول أصح لأنه ذكر في المغرب: أجير الوحد على [٢/ ٣٠٩/ ب] الإضافة، أي: أجير المستأجر الواحد، بخلاف الأجير، وفي معناه: الأجير الخاص، ولو حرك الحاء صح؛ لأنه يقال: رجل وحد، أي: واحد(١).

بَابُ الْأَجْرِ مَتَى يَسْتَحِقُّ

لما ذكر أن صحة الإجارة موقوفة إلى إعلام الأجرة احتاج إلى بيان وقت وجوبها، وتسليمها.

قوله: (لا تجب بالعقد)، عن العلامة مولانا حافظ الدين: أي لا يجب تسليمها وأداؤها، يؤيده ما ذكر في الذخيرة: يجب أن يعلم أن الأجرة لا تملك بنفس العقد، ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط تعجيلها، سواء كانت عينًا، أو دينًا، هكذا ذكر محمد في الجامع.

وذكر في الإجارات: إن كانت عينًا لا يملك بنفس العقد، وإن كانت دينًا يملك بنفس العقد، ويكون بمنزلة الدين المؤجل، فعامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكره في الجامع، وقال بعضهم: ما ذكره في الإجارات قوله أولًا، وما ذكره في الجامع آخرًا، وهو الأصح لأن الإجارة عقد معاوضة فيوجب المساواة بين البدلين ما أمكن ما لم يغير بالشرط، فلو قلنا أن إيفاءها قبل استيفاء المنفعة تزول المساواة، وبه قال مالك(٢).

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٤٧٩).

(٢) الذخيرة البرهانية لابن مازة (١١/ ٤٤١).

وَتُسْتَحَقُّ بِأَحَدِ مَعَانٍ ثَلَاثَةٍ: إِمَّا بِشَرْطِ التَّعْجِيلِ، أَوْ بِالتَّعْجِيلِ مِن غَيْرِ شَرْطٍ، أَوْ بِاسْتِيفَاءِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُمْلَكُ بِنَفْسِ العَقْدِ؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ المَعْدُومَةَ صَارَتْ مَوْجُودَةً حُكْمًا ضَرُورَةَ تَصْحِيحِ العَقْدِ، فَيَثْبُتُ الحُكْمُ فِيمَا يُقَابِلُهُ مِن البَدَلِ. وَلَنَا: أَنَّ العَقْدَ يَنْعَقِدُ شَيْئًا فَشَيْئًا عَلَى حَسَبِ حُدُوثِ المَنَافِعِ عَلَى مَا بَيَّنَّا، وَالعَقْدُ مُعَاوَضَةٌ، وَمِن قَضِيَّتِهَا المُسَاوَاةُ، ....

قوله: (بأحد معاني)، وفي بعض النسخ: (بإحدى معاني ثلاثة) على تأويل العلل، فالصحيح: (بأحد معاني) يعرف بالتأمل.

قوله: (**وقال الشافعي: تملك بنفس العقد**)، وبه قال أحمد لما ذكرنا أن الأعيان كالموجودة عنده فصار كالبيع، ولهذا صح الإبراء عن الأجرة قبل استيفاء المنفعة بالإجماع، وصح الارتهان به بالإجماع، وصح الكفالة به بالإجماع، ولو شرط التعجيل تملك بالإجماع.

فلو كان مقتضى العقد تأخر الملك في الأجر لما وجب بالشرط كما قلتم في الإجارة المضافة إلى وقت في المستقبل، ولأن الشرع لما جوَّز العقد على المنافع المعدومة فقد جعلها كالموجودة؛ لاشتراط كون المعقود عليه موجودًا لنهيه عن بيع ما لم يوجد.

وللشارع ولاية جعل المعدوم موجودًا كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحي حكمًا، وكالسلم فإنه جعل العين المعدوم حقيقةً كالموجود حكمًا في حق جواز السلم.

والدليل على أن المنفعة في حكم العين صحة الاستئجار بأجر مؤجل، وما ليس بعين فهو دين، والدَّينُ بالدَّينِ حرام، وكذا يجوز جعل السكنى مهرًا، والمهر لا يكون إلا بالمال لقوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم﴾ [النساء: ٢٤] الآية، وكذا الحيوان لا يثبت دينًا في الذمة بدل المنفعة عندكم، ويثبت بدلًا عما ليس بمال كما في النكاح، والخلع، والصلح عن دم العمد، فعلم أن المنفعة في حكم المال.

ولنا ما ذكرنا أن عقد الإجارة عقد معاوضة فتجب المساواة كما أشار إليه في الكتاب بقوله: (ومن قضيتها المساواة) إلى آخره، يؤيده قوله تعالى: ﴿فَإِنْ

فَمِن ضَرُورَةِ التَّرَاخِي فِي جَانِبِ المَنْفَعَةِ التَّرَاخِي فِي البَدَلِ الآخَرِ. وَإِذَا اسْتَوْفَى المَنْفَعَةَ يَثْبُتُ المِلْكُ فِي الأَجْرِ لِتَحَقُّقِ التَّسْوِيَةِ. وَكَذَا إِذَا شَرَطَ التَّعْجِيلَ أَوْ عَجَّلَ؛ لِأَنَّ المُسَاوَاةَ تُثْبِتُ حَقًّا لَهُ وَقَدْ أَبْطَلَهُ.

أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «**أعْطُوا الأجيرَ أجرَهُ قبلَ أن يَجِفَّ عرَقُهُ**»[(١)]، فخصص الوعيد بالامتناع بعد العمل، فدل على أنهما حالة الوجوب، وفيه نوع تأمل.

وجواز العقد باعتبار إقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة مقامها في صحة الإيجاب والقبول.

ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع كما ذكرنا، وكيف يقال أن المنفعة المعدومة جعلت موجودة حكمًا، فإن الموجود من المنفعة حقيقة لا تقبل العقد؛ لأنها عرض لا يبقى زمانين، فلا يتصور تسليمه بحكم العقد، وما لا يتصور تسليمه بحكم العقد لا يكون محلًّا لعقد المعاوضة، بل اعتبار إقامة العين وهو السبب مقامها، وهو المسبب كما ذكرنا من تقرير صاحب الأسرار، والإيضاح.

ولما أقمنا السبب مقام المسبب ضرورة تصحيح العقد، ولا ضرورة في ملك البدل بنفس البدل، بل في حق البدل؛ كالعقد المضاف إلى وقت الحدوث، وما قلنا أولى كما ذكرنا.

وأما جواز السلم باعتبار أن المسلم فيه أخذ حكم الثمن، ولهذا شرط قبض رأس المال في المجلس كيلا يكون دينًا بدين، ولو كان له حكم العين الموجود لما اشترط قبض رأس المال في المجلس، كما لو باع حنطة بعينها بدرهم.

وأما صحة الإبراء قول محمد خلافًا لأبي يوسف، كذا في الإيضاح، وإليه أشار في المبسوط[(٢)]، وذكر في الأسرار مطلقًا.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨١٧ رقم ٢٤٤٣) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
وضعفه ابن الملقن في البدر المنير (٧/ ٣٧)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٣/ ١٤٣).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١١٦).

(وَإِذَا قَبَضَ الْمُسْتَأْجِرُ الدَّارَ: فَعَلَيْهِ الأَجْرُ، وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا)؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ عَيْنِ

[٢/ ٣١٠/أ] قوله: قول أبي يوسف ظاهر لأنه إبراء قبل الوجوب، ووجه قول محمد أن الإبراء بعد وجود سبب الوجوب جائز؛ كعفو المجروح عن القصاص، وأما صحة الرهن والكفالة فإنهما وثيقتان، والتوثيق يلائم هذا الدين، كما لو رهن بشرط الخيار، كذا في الإيضاح.

وفي المبسوط: الأجرة وإن لم تجب بنفس العقد فالسبب الموجب قد وجد، والكفالة بعد وجود السبب صحيحة؛ كالكفالة بالدرك، والكفالة بما يدون له على فلان، وموجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء، واستيفاء الأجر قبل وجوبه صحيح؛ لأن تعجيل الأجر صحيح.

وأما صحة الملك إذا استوفى أو شرط التعجيل لأن المساواة ثبت حقًّا له، وقد أبطله، بخلاف الإجارة المضافة فإن امتناع ثبوت الملك في البدل هناك ليس بمقتضى العقد، بل بالتصريح بالإضافة إلى وقت في المستقبل.

وأما قوله[1]: وما ليس بعين هو دين فليس كذلك؛ لأن الدين محله الذمة، وهو لا يلتزم المنفعة في الذمة فلم يكن حينئذ بيع دين بدين.

وأما صحة النكاح لا تتعلق بالمهر بحال فلا يتغير حكمه لأجله، بخلاف الإجارة فإن المنافع فيها مبيعة، والأجرة ثمن، فكانت المنافع أصلًا.

وأما قوله: أن الشرع جعل المعدوم حقيقة موجودًا حكمًا إلى آخره، فقلنا: نعم، إنما عهد ذلك فيما يمكن التقدير؛ لأنه إنما يقدر الشيء حكمًا إذا كان يتصور حقيقة، كما فيما استشهدوا به فإن الميت تتصور فيه الحياة، ولا تصور لوجود المنافع التي تحدث في المدة جملة، فلا يجوز أن يقدر حكمًا، إليه أشار في المبسوط[2]، والأسرار.

قوله: (**وإن لم يسكنها**)، هذا إذا تمكنت من الاستيفاء، والإجارة صحيحة حتى لو منعه المالك أو الأجنبي، أو سلم الدار والدار مشغولة بمتاعه ولم يتمكن من الاستيفاء لا يجب الأجر، وبه قال أكثر أهل العلم.

---

(١) أي: الشافعي، كما تقدم.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٠٩).

المَنْفَعَةِ لَا يُتَصَوَّرُ فَأَقَمْنَا تَسْلِيمَ المَحَلِّ مَقَامَهُ، إِذْ التَّمَكُّنُ مِن الِانْتِفَاعِ يَثْبُتُ بِهِ. قَالَ: (فَإِنْ غَصَبَهَا غَاصِبٌ مِن يَدِهِ سَقَطَتْ الأُجْرَةُ)؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ المَحَلِّ إِنَّمَا أُقِيمَ مَقَامَ تَسْلِيمِ المَنْفَعَةِ لِلتَّمَكُّنِ مِن الِانْتِفَاعِ، فَإِذَا فَاتَ التَّمَكُّنُ فَاتَ التَّسْلِيمُ، وَانْفَسَخَ العَقْدُ فَسَقَطَ الأَجْرُ، (وَإِنْ وُجِدَ الغَصْبُ فِي بَعْضِ المُدَّةِ سَقَطَ الأَجْرُ بِقَدْرِهِ). إِذْ الِانْفِسَاخُ

وفي الذخيرة، وشرح الأقطع: التمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه، حتى إذا استأجر دابة إلى الكوفة فسلمها المؤجر فأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة تمكنه المسير إلى الكوفة فلا أجر، وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجب الأجر(١).

وقال الشافعي، وأحمد: يجب الأجر في الوجهين؛ لأن المنافع تلفت تحت يده باختياره.

وقلنا: العقد وقع فبالتسليم في غيرها لا يستحق البدل، وينبغي أن يكون التمكن من الاستيفاء في المدة، فلو استأجر [دابَّةً](٢) إلى مكة فلم يركبها، فإن كان بغير عذر في الدابة فعليه الأجر، وإن كان بعذر لم يقدر على الركوب لا أجر عليه، ولو استأجر ثوبا(٣) ليلبسه كل يوم بدانق فوضعه في بيته ولم يلبسه حتى مضى عليه سنون فعليه لكل يوم دانق ما دام في الوقت الذي يعلم أنه لو كان لبسه لا يتخرق لتمكن اللبس، فإذا مضى وقت يعلم أنه لو كان يلبسه يتخرق سقط عنه الأجر لتعذر جعله منتفعًا به.

قوله: (وانفسخ العقد)، ذكر الفضلي، وقاضي خان في الفتاوى: لا تنفسخ الإجارة، ولكن يسقط الأجر ما دامت في يد الغاصب، وبه قال الشافعي، ولكن له حق الفسخ، ولو وجد الغصب في بعض المدة سقط من الأجر بقدره، ولا يعلم فيه خلاف(٤).

---

(١) انظر: الذخيرة البرهانية (١١/ ٤٤٢).

(٢) في الأصل (دارًا)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٣) في الأصل (توليا)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٤) انظر: فتاوى قاضي خان (٢/ ١٦٥).

فِي بَعْضِهَا. قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا فَلِلْمُؤَجِّرِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ كُلِّ يَوْمٍ)؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنْفَعَةً مَقْصُودَةً (إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ وَقْتَ الِاسْتِحْقَاقِ بِالعَقْدِ)؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ التَّأْجِيلِ (وَكَذَلِكَ إِجَارَةُ الأَرَاضِي) لِمَا بَيَّنَّا.

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا إِلَى مَكَّةَ، فَلِلْجَمَّالِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ كُلِّ مَرْحَلَةٍ)؛ لِأَنَّ سَيْرَ كُلِّ مَرْحَلَةٍ مَقْصُودٌ. وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ أَوَّلًا: لَا يَجِبُ الأَجْرُ إِلَّا بَعْدَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ وَانْتِهَاءِ السَّفَرِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ جُمْلَةُ المَنَافِعِ فِي المُدَّةِ فَلَا يَتَوَزَّعُ الأَجْرُ عَلَى أَجْزَائِهَا، كَمَا إِذَا كَانَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ العَمَلَ. وَوَجْهُ القَوْلِ المَرْجُوعِ إِلَيْهِ: أَنَّ القِيَاسَ يَقْتَضِي اسْتِحْقَاقَ الأَجْرِ سَاعَةً فَسَاعَةً لِتَحَقُّقِ المُسَاوَاةِ، إِلَّا أَنَّ المُطَالَبَةَ فِي كُلِّ سَاعَةٍ تُفْضِي إِلَى أَنْ لَا يَتَفَرَّغَ لِغَيْرِهِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ، فَقَدَّرْنَا بِمَا ذَكَرْنَا. قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْقَصَّارِ وَالخَيَّاطِ أَنْ يُطَالِبَ بِأَجْرِهِ حَتَّى يَفْرُغَ مِن العَمَلِ)؛ ....

قوله: (ومن استأجر دارًا) إلى مدة معلومة.

قوله: (بأجرة كل مرحلة)، في المبسوط، والإيضاح: هذا قول الكرخي، وأما في قول أبي حنيفة المرجوع لم يقدر بتقدير، بل قال: كلما سار مسيرًا، له من الأجر شيء فله أن يأخذه بذلك، وهو قولهما، كما إذا كان المعقود عليه العمل؛ فإنه لو استأجر خياطًا ليخيط له ثوبًا لا يلزمه إيفاء الأجر ما لم يفرغ من العمل[1].

قوله: (إلا أن المطالبة في كل ساعة) إلى آخره، يعني لو أخذنا بالقياس يقتضي أنه كلما سار شيئًا ولو خطوة يجب تسليم ما يقابله من الأجر، ولكن ذلك القدر لا يعرف، ولو أخذنا بالقياس لم يتفرغ لشغل آخر، بل يسلم الأجر في كل خطوة وذلك بعيد، كذا في المبسوط[2].

قوله: (فقدرنا بما ذكرنا)، أي: استحسانًا وهو بيوم ومرحلة.

قوله: (حتى يفرغ من العمل)، يعني إن كان حصته ما استوفى من العمل معلومًا.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١١١).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١١١).

لِأَنَّ العَمَلَ فِي البَعْضِ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ فَلَا يَسْتَوْجِبُ بِهِ الأَجْرَ، وَكَذَا إِذَا عَمِلَ فِي بَيْتِ المُسْتَأْجِرِ لَا يَسْتَوْجِبُ الأَجْرَ قَبْلَ الفَرَاغِ لِمَا بَيَّنَّا. قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ التَّعْجِيلَ) لِمَا مَرَّ أَنَّ الشَّرْطَ فِيهِ لَازِمٌ.

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ خَبَّازًا لِيَخْبِزَ لَهُ فِي بَيْتِهِ قَفِيزًا مِن دَقِيقٍ بِدِرْهَمٍ: لَمْ يَسْتَحِقَّ الأَجْرَ حَتَّى يُخْرِجَ الخُبْزَ مِن التَّنُّورِ)؛ لِأَنَّ تَمَامَ العَمَلِ بِالإِخْرَاجِ. فَلَوْ احْتَرَقَ أَوْ

وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله (لأن العمل في البعض غير منتفع به)، وفي النهاية: هذا الذي ذكره في الحكم في أن العامل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ من [٢/ ٣١٠/ب] العمل مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط، والذخيرة، والمغني، والجامع لفخر الإسلام، وقاضي خان يستحق الأجر بقدر عمله، حتى لو سرق الثوب فله الأجر بقدر عمله؛ لأن كل جزء من العمل يصير مسلمًا إلى صاحب الثوب بالفراغ منه.

ولعل المصنف اتبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم، والله أعلم بما هو الحق عنده.

وعند الشافعي وأحمد: يستحق المطالبة بعد الفراغ من العمل، ولكن يجب بنفس العقد.

قوله: (لأن تمام العمل بالإخراج)، فليس كل أحد يحسنه على وجه لا ينقطع.

فإن قيل: استحقاق الأجر بعد إخراج الخبز من التنور يدل على أن هذا أجير مشترك لا أجير وحد، فإن الأجير الوحد يستحق الأجر بمجرد تسليم النفس، ولا يتوقف استحقاقه إلى الفراغ من العمل، واستعمال المستأجر في بيته يدل على أنه أجير وحد؛ لأن الوحد هو الذي لا يعمل إلا المستأجر الواحد فلذلك سُمّيَ به.

فالخيار في هذه المسألة إن كان أجير وحد ينبغي أن يستحق الأجر بمجرد تسليم النفس أخرج الخبز من التنور أو لا، وإن كان أجيرًا مشتركًا ينبغي أن يستحق الأجر بقدر عمله على ما مر من روايات عامة الكتب.

سَقَطَ مِن يَدِهِ قَبْلَ الإِخْرَاجِ، فَلَا أَجْرَ لَهُ لِلْهَلَاكِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، (فَإِنْ أَخْرَجَهُ ثُمَّ احْتَرَقَ مِن غَيْرِ فِعْلِهِ فَلَهُ الأَجْرُ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُسَلَّمًا إِلَيْهِ بِالوَضْعِ فِي بَيْتِهِ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تُوجَدْ مِنهُ الجِنَايَةُ. قَالَ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ،

قلنا: الصحيح إنه أجير مشترك لأنه وقع العقد في حقه على العمل بدون ذكر المدة فكان استحقاق الأجر موقوفًا على الفراغ من العمل، والأجير الوحد من وقع العقد في حقه على المدة، ووقع العقد ههنا على العمل، وإنما يستحق الأجر بقدر عمله في بيت المستأجر إذا كان لعمله قدر وقيمة كما في الخياطة، وههنا لا قيمة للخبز قبل الإخراج فلا يستحق الأجر بحسب ذلك القدر، إليه أشار الإمام قاضي خان [(١)].

قوله: (للهلاك قبل التسليم)، وفي المبسوط: وهو ضامن لأن هذا جناية يده ويخير صاحب الخبز إن شاء ضمنه مخبوزًا وأعطاه الأجر، وإن شاء ضمنه دقيقًا وإن لم يكن [له][(٢)] أجر[(٣)].

قوله: (قال رحمه الله: وهذا)، أي: عدم الضمان في الهلاك بعد الإخراج (قول أبي حنيفة) إلى آخره، وهذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري، وأما عند غيره مجرى على ظاهره ولا ضمان عليه بالاتفاق.

أما عند أبي حنيفة؛ لأنه لم يهلك من عمله، وأما عندهما فلأنه هلك بعد التسليم، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وقال القدوري: إن العين مضمونة على الأجير بمنزلة المغصوب في يد الغاصب، فلا يبرأ عن الضمان إلا بالتسليم دون الوضع في بيته كما في المغصوب.

ثم على قوله: إذا وجب الضمان كان لصاحب الدقيق الخيار إن شاء ضمنه دقيقًا ولا أجر له، وإن شاء ضمنه مخبوزًا وأعطاه الأجر، ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما؛ لأن ذلك صار مستهلكًا قبل وجوب الضمان عليه فهو

---

(١) انظر: فتاوى قاضي خان (٣/ ٣٩٤).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٠٧).

وَعِنْدَهُمَا: يَضْمَنُ مِثْلَ دَقِيقِهِ وَلَا أَجْرَ لَهُ(*)؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بَعْدَ حَقِيقَةِ التَّسْلِيمِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ الخُبْزَ، وَأَعْطَاهُ الأَجْرَ.

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ طَبَّاخًا لِيَطْبُخَ لَهُ طَعَامًا لِلْوَلِيمَةِ فَالغَرْفُ عَلَيْهِ) اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ. قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ إِنْسَانًا لِيَضْرِبَ لَهُ لَبِنًا: اسْتَحَقَّ الأَجْرَ إِذَا أَقَامَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَسْتَحِقُّهَا حَتَّى يُشَرِّجَهَا(**))؛ لِأَنَّ التَّشْرِيجَ مِن تَمَامِ عَمَلِهِ، إِذْ لَا يُؤْمَنُ مِن الفَسَادِ قَبْلَهُ، فَصَارَ كَإِخْرَاجِ الخُبْزِ مِن التَّنُّورِ؛ وَلِأَنَّ الأَجِيرَ هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّاهُ عُرْفًا، وَهُوَ المُعْتَبَرُ فِيمَا لَمْ يَنُصَّ عَلَيْهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ العَمَلَ قَدْ تَمَّ بِالإِقَامَةِ، وَالتَّشْرِيجُ عَمَلٌ زَائِدٌ كَالنَّقْلِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَنْتَفِعُ بِهِ قَبْلَ التَّشْرِيجِ بِالنَّقْلِ إِلَى

رماد لا قيمة له، كذا في الذخيرة.

قوله: (طعامًا للوليمة)، قيد به لأنه لو استأجره لطبخ قدر خاص بعينه لا يكون الغرف عليه، ذكره في المغني، والمحيط، والإيضاح(١).

والمرجع في الجميع العرف الطبخ من حد: نَصَرَ، والغرف وهو جعل الطعام في القصعة من حد: ضَرَبَ.

قوله: (إذا أقامها عند أبي حنيفة) إلى آخره، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وعندهما لا يستحق الأجر بدون التسريح استحسانًا، اعتبارًا للعرف بمنزلة الغرف على الطباخ.

وفي المبسوط: هذا كله إذا كان يقيم العمل في ملك المستأجر، أما في غير ملكه فلما لم يعد عليه ويسلمه إليه لا يستحق الأجر بالاتفاق، حتى لو فسد قبل العد لا أجر له إلا على قول زفر(٢).

في نظم الزندويستي: لو صرفه في ملك نفسه لا يجب الأجر عنده إلا بالعَدِّ عليه بعد إقامته، وعندهما بالعد عليه بعد التسريح.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(**) الراجح: قول الصاحبين.

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٧/ ٤٩٤).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٥٧).

مَوْضِعِ العَمَلِ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الإِقَامَةِ؛ لِأَنَّهُ طِينٌ مُنْتَشِرٌ، وَبِخِلَافِ الخُبْزِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ قَبْلَ الإِخْرَاجِ.

قَالَ: (وَكُلُّ صَانِعٍ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي العَيْنِ كَالقَصَّارِ وَالصَّبَّاغِ فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَ العَيْنَ بَعْدَ الفراغِ منْ عَملِه حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الأَجْرَ)؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ وَصْفٌ قَائِمٌ فِي الثَّوْبِ

قوله: (فله حق الحبس)، وبه قال الشافعي في وجه[1]، وعند زفر، والشافعي في وجه[2]، وأحمد[3]: لا حق له في الحبس؛ لأن المعقود عليه وقع في يد المستأجر باعتبار اتصاله بملكه، وذا يعدُّ قبضًا؛ كمن استقرض من آخر كُرَّ بُرٍّ وأمره أن يبذره في أرض المستقرض فإنه يصير قابضًا.

وقلنا: المعقود عليه هو العمل حقيقة، ولكن من حيث الاعتبار المعقود عليه وصف أحدثه وهو قائم في الثوب فله حق حبسه [٢/ ٣١١/ أ] لاستيفاء البدل، كما في بيع العين، ولا يمكن حبسه إلا بحبس العين فيكون له حبس العين ضرورة، ووقوعه في يده بغير رضاه فلا يبطل حقه في الحبس، كما إذا قبض المشتري المبيع بغير رضى البائع بخلاف مسألة الكر فإن الأمر بأن يبذره، فإذا بذره صار كالأمر بأن يجعله في غرائره وجعله، فيصير قابضًا؛ لأنه برضاه.

فإن قيل: في القصار عمله في إزالة الدرن والوسخ لا إحداث البياض في أنه صفة أصلية له.

قلنا: لما غلب الدرن والوسخ حتى استتر به صار في حكم المعدوم، وحين أظهره القصار بعمله جعل ظهوره مضافًا إلى عمله، فيكون أثر عمله قائمًا في المعمول، كذا في المبسوط[4].

وفي جامع قاضي خان: ظهر أثر عمله في الثوب باستعمال النشاستجة[5]

---

(١) انظر: البيان للعمراني (٧/ ٤٠٤)، والمجموع للنووي (١٥/ ١٠٩).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٣١٤).

(٤) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٠٦).

(٥) قال الجوهري: النشا، هو النشاستج، فارسي معرب، حذف شطره تخفيفًا، كما قالوا للمنازل: منا. الصحاح تاج اللغة (٦/ ٢٥١٠). =

فَلَهُ حَقُّ الحَبْسِ؛ لِاسْتِيفَاءِ البَدَلِ كَمَا فِي المَبِيعِ، وَلَوْ حَبَسَهُ فَضَاعَ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي الحَبْسِ فَبَقِيَ أَمَانَةً كَمَا كَانَ عِنْدَهُ، وَلَا أَجْرَ لَهُ لِهَلَاكِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: العَيْنُ كَانَتْ مَضْمُونَةً قَبْلَ الحَبْسِ فَكَذَا بَعْدَهُ(*)، لَكِنَّهُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ غَيْرَ مَعْمُولٍ وَلَا أَجرَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ مَعْمُولًا وَلَهُ الأَجْرُ، وَسَيُبَيِّنُ مِن بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَكُلُّ صَانِعٍ لَيْسَ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي العَيْنِ: فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ العَيْنَ لِلْأَجْرِ كَالحَمَّالِ وَالمَلَّاحِ)؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ نَفْسُ العَمَلِ، وَهُوَ غَيْرُ قَائِمٍ فِي العَيْنِ، فَلَا يُتَصَوَّرُ حَبْسُهُ، فَلَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ الحَبْسِ، وَغَسْلُ الثَّوْبِ نَظِيرُ الحَمْلِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الآبِقِ، حَيْثُ يَكُونُ لِلرَّادِّ حَقُّ حَبْسِهِ لِاسْتِيفَاءِ الجُعْلِ، وَلَا أَثَرَ لِعَمَلِهِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ عَلَى شَرَفِ الهَلَاكِ وَقَدْ أَحْيَاهُ فَكَأَنَّهُ بَاعَهُ مِنهُ فَلَهُ حَقُّ الحَبْسِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا مَذْهَبُ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ. وَقَالَ زُفَرُ: لَيْسَ لَهُ حَقُّ الحَبْسِ فِي الوَجْهَيْنِ؛ ....

كان له حق الحبس، وإن لم يكن لعمله إلا إزالة الدرن اختلفوا فيه، والأصح أن له حق الحبس على كل حال؛ لأن البياض مستتر وقد ظهر بفعله بخلاف الحمل؛ لأنه ما ظهر أثر عمله في العين.

قوله: (كالحمال) روي هذا بروايتين: بالحاء المهملة، وبالجيم، وهو مكاري الجمل، وكان بخط شيخي بالجيم، ولا خلاف فيه.

قوله: (وغسل الثوب نظير الحمل)، وهذا مخالف لما ذكرنا من رواية المبسوط، وجامع قاضي خان من الأصح.

وذكر في الذخيرة مثل غسل الثوب بدون النشاستجة، وفيه خلاف بلا ذكر الأصح، فوقع اختيار المصنف على اختيار البعض.

قوله: (في الوجهين)، أي: فيما لعمله أثر، وقد بينا خلافه قبل.

= وقال ابن سيده: النشا مقصور شيء يعمل به الفالوذج، فارسي، يقال له: النشاستج، سمي بذلك لخموم رائحته. المحكم والمحيط الأعظم (٨/ ١٢٤).

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

لِأَنَّهُ وَقَعَ التَّسْلِيمُ بِاتِّصَالِ المَبِيعِ بِمِلْكِهِ فَيَسْقُطَ حَقُّ الحَبْسِ. وَلَنَا: أَنَّ الِاتِّصَالَ بِالمَحَلِّ ضَرُورَةُ إِقَامَةِ تَسْلِيمِ العَمَلِ فَلَمْ يَكُنْ هُوَ رَاضِيًا بِهِ مِن حَيْثُ إِنَّهُ تَسْلِيمٌ فَلَا يَسْقُطُ حَقُّ الحَبْسِ، كَمَا إِذَا قَبَضَ المُشْتَرِي بِغَيْرِ رِضَا البَائِعِ.

قَالَ: (وَإِذَا شَرَطَ عَلَى الصَّانِعِ أَنْ يَعْمَلَ بِنَفْسِهِ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعْمِلَ غَيْرَهُ)؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ العَمَلُ فِي مَحَلٍّ بِعَيْنِهِ فَيَسْتَحِقُّ عَيْنَهُ كَالمَنْفَعَةِ فِي مَحَلٍّ بِعَيْنِهِ (وَإِنْ أَطْلَقَ لَهُ العَمَلَ: فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ يَعْمَلُهُ)؛ لِأَنَّ المُسْتَحَقَّ عَمَلٌ فِي ذِمَّتِهِ، وَيُمْكِنُ إِيفَاؤُهُ بِنَفْسِهِ وَبِالِاسْتِعَانَةِ بِغَيْرِهِ بِمَنْزِلَةِ إِيفَاءِ الدَّيْنِ.

فَصْلٌ: [بَيَانُ عَدَمِ اسْتِحْقَاقِ تَمَامِ الأَجْرِ أو بَعْضِهِ]

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَذْهَبَ إِلَى البَصْرَةِ فَيَجِيءَ بِعِيَالِهِ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ بَعْضَهُمْ قَدْ مَاتَ فَجَاءَ بِمَنْ بَقِيَ: فَلَهُ الأَجْرُ بِحِسَابِهِ)؛ لِأَنَّهُ أَوْفَى بَعْضَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ فَيَسْتَحِقُّ العِوَضَ بِقَدْرِهِ، وَمُرَادُهُ إِذَا كَانُوا مَعْلُومِينَ ....

قوله: (**باتصال المبيع**)، أي: المعقود عليه (**بملكه**)، وفي بعض النسخ: (**باتصال المعقود عليه**)، وهو الأظهر.

قوله: (**لأنه**)، أي: الآبق كان على شرف الهلاك فصار (**كأنه أحياه**)، أي: الآبق وملكه منه فله حق الحبس، أما ههنا لم يوجد إحياء العين، ولا وصف قائم بالعين فلا يملك الحبس، كذا ذكره قاضي خان.

قوله: (**ومراده إذا كانوا معلومين**)، وهذا اختيار الهندواني، وعن الفضلي: استأجر في المصر ليحمل الحنطة من القرية، فذهب لم يجد الحنطة فعاد، إن كان قال: استأجرتك من المصر حتى أحمل الحنطة من القرية، يجب نصف الأجر بالذهاب، ولو كان قال: استأجرتك حتى أحمل من القرية، لا يجب شيء؛ لأن في الأول العقد على شيئين: الذهاب إلى القرية، والحمل منها، وفي الثانية: شرط الحمل، ولم يوجد، فلا يجب شيء، كذا في الذخيرة، وجامع التمرتاشي[١].

---

(١) انظر: الذخيرة البرهانية لابن مازة (١١/ ٤٤٦).

(وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِكِتَابِهِ إِلَى فُلَانٍ بِالبَصْرَةِ وَيَجِيءَ بِجَوَابِهِ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلَانًا مَيْتًا فَرَدَّهُ فَلَا أَجْرَ لَهُ) هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

قوله: (ليذهب بكتابه)، في المسألة قيود، قيد الذهاب بالكتاب ليشير إلى هذا الحكم فيما ليس له حمل ومؤنة، حتى لو استأجر بالذهاب والمسألة بحالها فلا أجر له بالاتفاق، وعند زفر يجب، وهو قياس قول الأئمة الثلاثة؛ لأن المعقود عليه حمل الطعام إلى البصرة، وقد وجد فوفّى بالشرط، ثم هو في ردِّه جانٍ فلا يسقط حقه في الأجر. وقيد بالمجيء بالجواب لأنه لو لم يشترط المجيء بالجواب وترك الكتاب ثمة فيما إذا كان ميتًا أو غائبًا فإنه يجب الأجر كاملًا. وقيد بالذهاب بالكتاب حتى لو ذهب إلى فلان بلا كتاب فلا أجر له.

وقيد بأنه وجده ميتًا لأنه إذا لم يجده ميتًا وأتى بالجواب يستحق الأجر كملًا.

وقيد بأنه وجده ميتًا حتى لو وجده غائبًا ودفع الكتاب إلى آخر ليدفعه إليه، أو دفعه إلى فلان وهو لم يقرأ ورجع بالجواب فله أجر الذهاب.

وقيد استئجاره بتبليغ الكتاب؛ لأنه لو استأجره لتبليغ الرسالة إلى فلان بالبصرة فذهب ولم يجده، أو وجده ولم يبلغ رسالته ورجع له الأجر بالإجماع.

وقيد بأنه رد لأنه لو ترك الكتاب ثمة يستحق أجر الذهاب بالإجماع.

وهذه القيود استفيدت من الذخيرة، وجامع قاضي خان، وأشير إلى الفرق بين الرسالة والكتاب في الذخيرة على قولهما، فقال: لما رد الكتاب فقد نقص عمله لأنه غير مأذون بالرد لا نصًّا، ولا دلالة.

أما نصًّا فظاهر، وأما دلالة لأن الإذن إنما يثبت باعتبار أن للكاتب فيه سرًّا ولا يطلع عليه غير فلان، ولا يصح ذلك في الكتاب؛ لما أنه مختوم أو لا، فإن كان لا يطلع عليه غير فلان وإن لم يكن فيه سرًّا، وأما الرسالة فلا تخلو عن الأسرار، وما اختار الرسالة على الكتابة إلا لتستتر سره عن غير الرسول، والمرسل إليه، فكان الستر مقصودًا فيها، فلهذا إذا ذهب ولم يجد فلانًا يستحق الأجر.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ الأَجْرُ فِي الذَّهَابِ؛ لِأَنَّهُ أَوْفَى بَعْضَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَهُوَ قَطْعُ المَسَافَةِ، وَهَذَا لِأَنَّ الأَجْرَ مُقَابَلٌ بِهِ لِمَا فِيهِ مِن المَشَقَّةِ دُونَ حَمْلِ الكِتَابِ لِخِفَّةِ مُؤْنَتِهِ. وَلَهُمَا: أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ نَقْلُ الكِتَابِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ المَقْصُودُ أَوْ وَسِيلَةٌ إِلَيْهِ وَهُوَ العِلْمُ بِمَا فِي الكِتَابِ، وَلَكِنَّ الحُكْمَ مُعَلَّقٌ بِهِ، وَقَدْ نَقَضَهُ فَيَسْقُطُ الأَجْرُ كَمَا فِي الطَّعَامِ، وَهِيَ المَسْأَلَةُ الَّتِي تَلِي هَذِهِ المَسْأَلَةَ (وَإِنْ تَرَكَ الكِتَابَ فِي ذَلِكَ المَكَانِ وَعَادَ: يَسْتَحِقُّ الأَجْرَ بِالذَّهَابِ بِالإِجْمَاعِ)؛ لِأَنَّ الحَمْلَ لَمْ يُنْتَقَضْ.

(وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِطَعَامٍ إِلَى فُلَانٍ بِالبَصْرَةِ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلَانًا مَيْتًا فَرَدَّهُ، فَلَا أَجْرَ لَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّهُ نَقَضَ تَسْلِيمَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَهُوَ حَمْلُ الطَّعَامِ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الكِتَابِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ؛ ....

وأما التبليغ في الكتاب فممكن بقدر الإمكان بأن يترك الكتاب [٢/ ٣١١/ ب] ثمة، ولما لم يفعل لم يستحق الأجر.

قوله: (**وقال محمد: له الأجر في الذهاب**)، وعند الأئمة الثلاثة له الأجر في الذهاب والرد أيضًا؛ لثبوت الإذن بالرد دلالة إذا وجده ميتًا، إذ ليس له سوى رده إلا بصنيعه فتعين رده.

وذكر أبو الليث قول أبي يوسف مع محمد وغيره مع أبي حنيفة.

لمحمد أنه أوفى بعض المعقود دون البعض فيستحق الأجر بقدره.

(**وهذا لأن الأجر يقابل به**)، أي: يقطع المسافة لما فيه من المشقة لا لحمل الكتاب، وحمل الجواب لخفة مؤنته، وقد قطعها له في الذهاب، فصار كما لو ترك الكتاب وعاد فإنه يستحق أجر الذهاب إجماعًا.

قوله: (**أو وسيلة إليه**)، أي: إلى المقصود إما حقيقةً أو اعتبارًا؛ فلأن ترك الكتاب ثمة مفيد لأنه ربما يصل إلى ورثته فينتفعون به، أو الكتاب يُنتفع به، فإذا رده فقد فات ما هو المقصود بالإجارة فيكون ناقصًا للعمل اعتبارًا، كذا ذكره المرغيناني في شروطه.

قوله: (**بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد**) فإنه يقول: نقل الطعام عمل يقابل الأجر لما فيه من المشقة، وقد نقضه بالرد كما في مسألة خاطه فنقص،

لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ هُنَاكَ قَطْعُ المَسَافَةِ عَلَى مَا مَرَّ.

بَابُ مَا يَجُوْزُ من الإِجارَةِ وَمَا يَكُونُ خِلافًا فِيهَا

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدُّورِ وَالحَوَانِيتِ لِلسُّكْنَى، وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ مَا يَعْمَلُ فِيهَا)؛ لِأَنَّ العَمَلَ المُتَعَارَفَ فِيهَا السُّكْنَى فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ، وَأَنَّهُ لَا يَتَفَاوَتُ فَصَحَّ العَقْدُ (وَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ كُلَّ شَيْءٍ) لِلْإِطْلَاقِ ....

وأما نقل الكتاب فليس بعمل يقابل به الأجر لخفة مؤنته، وإنما الأجر مقابل بقطع المسافة وقد قطعها في الذهاب.

بَابُ مَا يَجُوزُ مِنَ الْإِجَارَةِ وَمَا يَكُونُ خِلَافًا فِيهَا

لمَّا ذكر الإجارة ومقدماتها شرع في هذا الباب في بيان ما يجوز وما لا يجوز منها.

قوله: (لأن العمل المتعارف) إلى آخره، وفي القياس: لا يجوز لأن المقصود من الدار والحانوت الانتفاع، والانتفاع قد يكون من حيث السكنى، وقد يكون من حيث وضع الأمتعة، فينبغي أن لا يجوز ما لم يبين شيئًا من ذلك، وبه قال أبو ثور.

وفي الاستحسان: يجوز؛ لأن المقصود وهو السكنى معلوم بالعرف فينصرف إليه؛ لأن المعروف كالمشروط، وله أن يَسكُنها ويُسكِنها من شاء لأنه لا يتفاوت الناس في ذلك، وله أن يعمل فيه كل شيء إلا ما يضر بالبناء للإطلاق، ولا نعلم فيه خلافًا للأكثر.

قوله: (وله أن يعمل كل شيء)، من الوضوء، ووضع المتاع، وكسر الحطب، وربط الدواب؛ لأن سكناها لا يتم إلا بذلك فيكون من توابع السكنى، فكان قوله: (وله أن يعمل كل شيء) صورة المسألة، وقوله: (لإطلاقها) دليلنا.

في المبسوط، والذخيرة: إنما يكون له ولاية ربط الدواب إذا كان فيها موضع معدٌّ لربط الدواب وهو المربط، أما إذا لم يكن فليس له ولاية ربط

(إِلَّا أَنَّهُ لَا يُسْكِنُ حَدَّادًا وَلَا قَصَّارًا وَلَا طَحَّانًا)؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا ظَاهِرًا؛ لِأَنَّهُ يُوهِنُ البِنَاءَ فَيَتَقَيَّدُ العَقْدُ بِمَا وَرَاءَهَا دَلَالَةً.

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الأَرَاضِي لِلزِّرَاعَةِ)؛ لِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ مَعْهُودَةٌ فِيهَا

الدواب[1].

وما ذكر في الكتاب يعني ربط الدواب فهو بناء على عرفهم، فإن في عرف ديارهم المربط يكون في الدار لسعة دورهم، أما في ديارنا فبخلافه؛ لأن المنازل ببخارى تضيق عن سكنى الناس، فكيف يتسع لإدخال الدواب فيها، وإنما هذا الجواب في عرف الكوفة.

قوله: (إلا أنه لا يسكن) إلى آخره لفظ يسكن يجوز بفتح الياء وضمها، وعلى تقدير الفتح انتصاب (حدادًا) على الحال، وعلى الضم على المفعول، وعلى التقديرين لا يختلف حكم المسألة، ذكره في المُغرِب، والذخيرة، وإليه أشار في المبسوط.

وفيه وفي الذخيرة بعدما ذكر قوله: (ما خلا الرحا): المراد رحا الماء، أو رحا الثور، أما رحا اليد فلا يمنع منه؛ لأن هذا لا يضر بالبناء، وهو من توابع السكنى عادة.

والحاصل أن كل عمل يضر بالبناء ويوهنه فذلك لا يصير مستحقًّا بمطلق العقد للمستأجر، وعلى هذا كسر الحطب بالقدر المعتاد منه لا يوهن البناء، فإن زاد على ذلك وكان بحيث يوهن البناء فليس له أن يفعل إلا برضى صاحب الدار[2].

وفي الذخيرة: ورحا اليد إذا كان يضر بالبناء يمنع عنه وإلا لا، هكذا اختاره الحلواني، وعليه الفتوى.

ثم قال: فلو أقعد حدادًا أو غيره فانهدم شيء من البناء ضمن ذلك؛ لأن الانهدام أثر الحدادة، ولا أجر عليه فيما ضمن لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان، وإن لم ينهدم شيء لا يجب الأجر قياسًا؛ لأن عمل الحدادة

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٣٠).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٣٠).

(وَلِلْمُسْتَأْجِرِ الشِّرْبُ وَالطَّرِيقُ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ) لِأَنَّ الإِجَارَةَ تُعْقَدُ لِلِانْتِفَاعِ، وَلَا انْتِفَاعَ فِي الحَالِ إِلَّا بِهِمَا فَيَدْخُلَانِ فِي مُطْلَقِ العَقْدِ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنهُ مِلْكُ الرَّقَبَةِ لَا الِانْتِفَاعُ فِي الحَالِ، حَتَّى يَجُوزُ بَيْعُ الجَحْشِ وَالأَرْضِ السَبِخَةِ دُونَ الإِجَارَةِ، فَلَا يَدْخُلَانِ فِيهِ مِن غَيْرِ ذِكْرِ الحُقُوقِ وَقَدْ مَرَّ فِي البُيُوعِ (وَلَا يَصِحُّ العَقْدُ حَتَّى يُسَمِّيَ مَا يَزْرَعُ فِيهَا)؛ لِأَنَّهَا قَدْ تُسْتَأْجَرُ لِلزِّرَاعَةِ وَلِغَيْرِهَا، وَمَا يُزْرَعُ فِيهَا مُتَفَاوِتٌ فَلَا بُدَّ مِن التَّعْيِينِ كَيْ لَا تَقَعَ المُنَازَعَةُ (أَوْ يَقُولَ: عَلَى أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا مَا شَاءَ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا فَوَّضَ الخِيَرَةَ إِلَيْهِ ارْتَفَعَتْ الجَهَالَةُ المُفْضِيَةُ إِلَى المُنَازَعَةِ.

والقصارة غير داخل تحت العقد، ولهذا كان سببًا للضمان، فإذا لم يدخل تحت العقد فالحال قبل العقد وبعده سواء، ويجب استحسانًا، وبه قالت الأئمة الثلاثة [٢/ ٣١٢/أ] لأن المعقود عليه السكنى، وفي الحدادة السكنى وزيادة، فقد استوفى المعقود عليه فيجب الأجر.

وهكذا كمن استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم كذا فحمل أحد عشر وسلمت الدابة يجب الأجر فكذلك ههنا، ولو اختلف المستأجر والآجر في ذلك فقال المستأجر: استأجرتها للحدادة، والآجر يقول: لسكنى دون الحدادة، فالقول للآجر لأنه أنكر الإجارة أصلًا، ولو أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر؛ لأنه يثبت زيادة الشرط.

وفي المغرب: المستعمل لفظ المؤجر لا الآجر، ولكن ذكره في كتب الفقه كذلك[١].

قوله: (**وللمستأجر الشِّرْبُ والطريق**)، يعني وإن لم يشترطهما، وهذه من مسائل الجامع الصغير، (**بخلاف البيع**) يعني لا يدخلان في البيع إلا بالذكر، وقد مرَّ في البيوع في باب الحقوق.

قوله: (**حتى يسمي ما يَزرع فيها**) بفتح الياء على بناء الفاعل.

وقوله: (**وما يُزرع فيها متفاوتٌ**) بضم الياء، وفي المغني لابن قدامة: استأجرها للزرع مطلقًا، أو قال: لتزرعها ما شئت فإنه يصح ولو زرع ما شاء، وهو مذهب الشافعي، ومالك، وعن ابن سريج: لا يصح حتى يُبَيِّن ما يزرع؛

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب لمطرزي (ص ٢٠).

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ السَّاحَةُ لِيَبْنِيَ فِيهَا، أَوْ لِيَغْرِسَ فِيهَا نَخْلًا، أَوْ شَجَرًا)؛ لِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ تُقْصَدُ بِالأَرَاضِي (ثُمَّ إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الإِجَارَةِ: لَزِمَهُ أَنْ يَقْلَعَ البِنَاءَ وَالغَرْسَ، وَيُسْلِمَهَا إِلَيْهِ فَارِغَةً)؛ لِأَنَّهُ لَا نِهَايَةَ لَهُمَا وَفِي إِبْقَائِهِمَا إِضْرَارًا

لأن ضرره يختلف فلم يصح بلا بيان[1].

وهو قولنا فيما أطلق الزرع كما ذكر في الكتاب. ثم لو زرع نوعًا من الأنواع في هذه الصورة ومضت المدة ففي القياس يجب عليه أجر المثل؛ لأنه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز.

وفي الاستحسان: يجب المسمى وينقل العقد جائزًا؛ لأن المعقود عليه صار معلومًا بالاستعمال، لما أن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، والفساد كان لأجل الجهالة، فإذا ارتفعت كان الارتفاع في هذه الحالة كالارتفاع وقت العقد فيعود جائزًا، وكذا لو استأجر ثوبًا للبس ولم يعين اللابس لا يجوز لتفاوت الناس في اللبس، فإن عين اللابس بعد ذلك يجوز استحسانًا لما ذكرنا، كذا في الذخيرة، وجامع قاضي خان[2].

قوله: (**أن يستأجر الساحة**) بالحاء المهملة، وهي الأرض الخالية عن البناء والشجر. (**ويسلمها**)، أي: الساحة (**فارغة**)، أي: يجبر على القلع، ولا يضمن صاحب الأرض قيمة النقص، وبه قال مالك[3]، والمزني، وقال الشافعي[4]، وأحمد[5]: إن كانا قد شرطا القلع عند انقضائها كذلك، وإن أطلقا العقد لم يجبر على القلع إلا أن يضمن المالك له قيمة نقضه؛ لأنه عليه الصلاة والسلام قال: «**ليسَ لِعرقٍ ظالمٍ حَقٌّ**»[6]، وهذا ليس بضامن، ولأنه غرس بإذن المالك

---

(١) المغني لابن قدامة (٥/ ٣٥٨).
(٢) انظر: فتاوى قاضي خان (٢/ ١٦٠).
(٣) انظر: الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٧٥).
(٤) انظر: البيان للعمراني (٧/ ٣٥٧)، وروضة الطالبين للنووي (٥/ ٢١٤).
(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٣٦٣)، والشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة (٦/ ١٤٢).
(٦) أخرجه أبو داود (٣/ ١٧٨ رقم ٣٠٧٣)، والترمذي (٣/ ٥٥ رقم ١٣٧٨)، والنسائي في "الكبرى" (٥/ ٣٢٥ رقم ٥٩٢٧) من حديث سعيد بن زيد ﵁.
قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وقد رواه بعضهم، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن النبي ﷺ مرسلًا، وقال النسائي: خالفه يحيى بن سعيد، وليث بن سعد - أي فروياه مرسلًا.

بِصَاحِبِ الأَرْضِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا انْقَضَتْ المُدَّةُ وَالزَّرْعُ بَقْلٌ، حَيْثُ يُتْرَكُ بِأَجْرِ المِثْلِ

ولم يشترط قلعه فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقض، كما لو استعار أرضا للغرس مدة فرجع قبل انقضائها.

وقلنا: تقدير المدة في الإجارة يقتضي التفريغ عند انقضائها، ولا يقتضي التأبيد إذ فيه ضرر لرب الأرض؛ لأنه ليس للبناء والغرس مدة معلومة، فيكون كاشتراط القلع عند الانقضاء عرفًا ودلالة.

قوله: **(حيث يترك بأجر المثل)**، وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد إن لم يكن ذلك من تفريط المستأجر، مثل أن يزرع زرعًا لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الغاصب، يخير المالك بين أخذه بالقيمة أو تركه بأجر المثل.

وقال الشافعي في وجه: يلزمه نقله؛ لأن المدة ضربت لنقل الزرع فيلزم العمل بموجبه.

وعندنا يترك بأجر المثل مطلقًا إلى زمان الإدراك؛ لأن في التأخير مراعاة الحقَّين، بخلاف لو مات أحد المتعاقدين والزرع يقل حيث يترك بلا أجر المثل، بل بالمسمى لأنا أثبتنا عقد الإجارة بعد انقضاء المدة، والزرع بأجر المثل رعاية للجانبين ضرورة، وفي الموت الحاجة إلى إبقاء العقد، فيبقى ما كان مسمى في العقد، وذلك لأن الباقي حكم ذلك العقد، وذلك العقد يقتضي أن يكون مضمونًا بالمسمى، كذا في الإيضاح، وجامع قاضي خان[(١)].

وحاصل ذلك أن في حق البناء والغرس اتحد الجواب في الصور الثلاث، وهي: الإجارة، والعارية، والغصب، حتى يجب عليهم القلع والتسليم فارغًا، وفي الزرع اختلف الجواب، ففي الغصب يلزم القلع على الغاصب في الحال؛ لأنه متعدٍّ في الزراعة، وفي الإجارة يترك إلى وقت الإدراك استحسانًا بأجر المثل.

وفي العارية المؤقتة وغير [٢/ ٣١٢/ب] المؤقتة لا يأخذها صاحبها إلى أن

---

(١) انظر: فتاوى قاضي خان (٢/ ١٥٤).

إِلَى زَمَانِ الإِدْرَاكِ؛ لِأَنَّ لَهُ نِهَايَةً مَعْلُومَةً فَأَمْكَنَ رِعَايَةُ الجَانِبَيْنِ. قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ صَاحِبُ الأَرْضِ أَنْ يَغْرَمَ لَهُ قِيمَةَ ذَلِكَ مَقْلُوعًا وَيَتَمَلَّكَهُ فَلَهُ ذَلِكَ) وَهَذَا بِرِضَا صَاحِبِ الغَرْسِ وَالشَّجَرِ، إِلَّا أَنْ تَنْقُصَ الأَرْضُ بِقَلْعِهِمَا فَحِينَئِذٍ يَتَمَلَّكُهُمَا بِغَيْرِ رِضَاهُ. قَالَ: (أَوْ يَرْضَى بِتَرْكِهِ عَلَى حَالِهِ، فَيَكُونَ البِنَاءُ لِهَذَا وَالأَرْضُ لِهَذَا)؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ فَلَهُ أَنْ لَا يَسْتَوْفِيَهُ. قَالَ: (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الإِجَارَةِ، وَفِي الأَرْضِ رَطْبَةٌ فَإِنَّهَا تُقْلَعُ)؛ لِأَنَّ الرِّطَابَ لَا نِهَايَةَ لَهَا فَأَشْبَهَ الشَّجَرَ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدَّوَابِّ لِلرُّكُوبِ وَالحَمْلِ)؛ لِأَنَّهُ مَنْفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ مَعْهُودَةٌ (فَإِنْ أَطْلَقَ الرُّكُوبَ: جَازَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ مَنْ شَاءَ) عَمَلًا بِالإِطْلَاقِ ....

يستحصد الزرع استحسانًا؛ لأنه ما كان متعديًا في الزراعة بجهة العارية، ولإدراك الزرع نهاية معلومة فيترك.

قالوا: وينبغي أن يترك بأجر المثل كما في الإجارة نظرًا للجانبين، الكل من المبسوط[١].

قوله: (عملًا بالإطلاق)، فإن قيل: ذكر في المبسوط، والمغني، والذخيرة، وشرح الطحاوي: استأجر ثوبًا ليلبسه يومًا ولم يسم من يلبسه، أو دابة ليركبها يومًا ولم يسم من يركبه، أو للعمل ولم يسم ما يعمل عليها تفسد الإجارة[٢].

وكذا في شرح الأقطع، إلا أن يقول: يركب من شاء فما وجه ما ذكر في الكتاب.

قلنا: قيل في التوفيق بين الروايات ما ذكر في فتاوى قاضي خان: إنه لو أركب غيره أو ركبه بنفسه انقلب جائزًا بعد ما وقع فاسدًا[٣].

فعلى هذا كان ما ذكره محمولًا على آخر الأحوال، فكان معنى قوله: (فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء)، أي: لو أركبه ينقلب إلى الجواز بعد

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ١٤٢).
(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٦٦)، والمحيط البرهاني لابن مازة (٧/ ٦٢٣).
(٣) انظر: فتاوى قاضي خان (٢/ ١٨٦).

وَلَكِنْ إِذَا رَكِبَ بِنَفْسِهِ، أَوْ أَرْكَبَ وَاحِدًا، لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ مُرَادًا مِنَ الْأَصْلِ، وَالنَّاسُ يَتَفَاوَتُونَ فِي الرُّكُوبِ، فَصَارَ كَأَنَّهُ نَصَّ عَلَى رُكُوبِهِ (وَكَذَلِكَ إِذَا اسْتَأْجَرَ ثَوْبًا لِلُّبْسِ وَأَطْلَقَ: جَازَ فِيمَا ذَكَرْنَا) لِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ وَتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي اللُّبْسِ (وَإِنْ قَالَ: عَلَى أَنْ يَرْكَبَهَا فُلَانٌ، أَوْ يَلْبَسَ الثَّوْبَ فُلَانٌ، فَأَرْكَبَهَا غَيْرَهُ، أَوْ أَلْبَسَهُ غَيْرَهُ فَعَطِبَ: كَانَ ضَامِنًا)؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَتَفَاوَتُونَ فِي الرُّكُوبِ وَاللُّبْسِ فَصَحَّ التَّعْيِينُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّاهُ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ لِمَا ذَكَرْنَا. فَأَمَّا الْعَقَارُ وَمَا لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ إِذَا شَرَطَ سُكْنَى وَاحِدٍ فَلَهُ أَنْ يُسْكِنَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ غَيْرُ مُفِيدٍ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ الَّذِي يَضُرُّ بِالْبِنَاءِ، وَالَّذِي يَضُرُّ بِالْبِنَاءِ

ما وقع فاسدًا، أو المراد منه ما هو المذكور في شرح الأقطع كما ذكرنا، فكان معنى قوله: (فإن أطلق الركوب)، أي: استأجرها للركوب على أن يركب عليها من شاء، واختاره صاحب الكافي.

والأوجه فيه أن يقال: ما ذكره من الفساد جواب القياس، ومن الجواز جواب الاستحسان، فإنه ذكر في المبسوط بعد ما ذكرنا: فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه؛ لأن حمل بعض الأشياء وركوب بعض الأشخاص، أو لبس البعض غير معلوم لينصرف مطلق العقد إليه، ويقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل، فما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلومًا فلا يحكم بجواز العقد[١].

وفي الاستحسان أن الجهالة المفسدة قد زال بركوب نفسه وإركاب غيره[٢]، فجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء.

قوله: (كل ما يختلف باختلاف المستعمل)؛ كالفسطاط ونحوه، حتى لو استأجر فسطاطًا ودفعه إلى غيره إجارةً، أو إعارةً فنصبه وسكن فيه ضمنه عند أبي يوسف لتفاوت الناس في نصبه، واختيار مكانه، وضرب أوتاده، وعند محمد لا يضمن؛ لأنه للسكنى فصار كالدار.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٦٦).
(٢) نص الكلام في المبسوط: (وجه الاستحسان أن المفسد - وهو الجهالة التي تفضي إلى المنازعة - قد زال).

خَارِجٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَا. قَالَ: (وَإِنْ سَمَّى نَوْعًا وَقَدْرًا مَعْلُومًا يَحْمِلُهُ عَلَى الدَّابَّةِ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: خَمْسَةُ أَقْفِزَةِ حِنْطَةٍ، فَلَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ مِثْلُ الحِنْطَةِ فِي الضَّرَرِ، أَوْ أَقَلُّ كَالشَّعِيرِ وَالسِّمْسِمِ)؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ تَحْتَ الإِذْنِ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ، أَوْ لِكَوْنِهِ خَيْرًا مِن

وقوله: **(على ما ذكرنا)**، إشارة إلى قوله: (إلا إنه لا يسكن حداد) إلى آخره.

قوله: (كالشعير والسمسم)، هذا لف ونشر، فالشعير ينصرف إلى المثل، والسمسم إلى الأقل إذا كان التقدير فيها من حيث الكيل لا من حيث الوزن، هذا جواب الاستحسان.

أما لو سمى قدرًا من الحنطة وزنًا فحمل مثل الوزن من الشعير يضمن، وقد بينا نظير هذا في العارية، ولكن ذكر شيخ الإسلام في مبسوطه: لا يضمن فيه هذا أيضًا، وهو الأصح؛ لأن ضرر الشعير مثل ضرر الحنطة في حق الدابة عند استوائهما وزنًا، وبه يفتي الصدر الشهيد، كذا في الذخيرة.

وفي المبسوط: المسألة على أربعة أوجه، أحدها: أن يحمل ما عَيَّنه.

والثاني: أن يخالف في الجنس، ففي القياس يضمن لأنه مخالف، وفي الاستحسان: لا يضمن في المثل والأخف؛ لأنه لا فائدة في تعيين الحنطة.

والثالث: أن يخالف إلى ما هو أضر بأن حمل عليها حديدًا مثل وزن الحنطة، أو آجرًا، أو ملحًا فيضمن؛ لأن هذا يجتمع في موضع واحد فيدق ظهر الدابة، وكذا لو حمل وزن الحنطة قطنًا يضمن؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة فوق ما يأخذ الحنطة فكان أضرَّ عليها من وجه، كما لو حمل عليها حطبًا أو تبنًا.

والرابع: أن يخالف في القدر، بأن قال: عشرة مخاتيم حنطة، فحمل خمسة عشر مختومًا فهلك، يضمن ثلث قيمتها؛ لأنه في مقدار عشرة مخاتيم موافق؛ لأنه حمل بالإذن، وفيما زاد بغير الإذن، فيعتبر الجزء بالكل ويتوزع الضمان على ذلك[1].

وقال الشافعي، وأحمد: يضمن قيمتها كما في الغصب؛ لأنه متعدّ إذا لم

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ١٣٧).

الأَوَّلِ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ أَضَرُّ مِن الحِنْطَةِ، كَالمِلْحِ وَالحَدِيدِ) لِانْعِدَامِ الرِّضَا فِيهِ (وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا قُطْنًا سَمَّاهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا مِثْلَ وَزْنِهِ حَدِيدًا)؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَكُونُ أَضَرَّ بِالدَّابَّةِ، فَإِنَّ الحَدِيدَ يَجْتَمِعُ فِي مَوْضِعٍ مِن ظَهْرِهَا وَالقُطْنُ يَنْبَسِطُ عَلَى ظَهْرِهَا.

قَالَ: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا فَأَرْدَفَ مَعَهُ رَجُلًا، فَعَطِبَتْ ضَمِنَ نِصْفَ قِيمَتِهَا، وَلَا مُعْتَبَرَ بِالثِّقَلِ)؛ لِأَنَّ الدَّابَّةَ قَدْ يَعْقِرُهَا جَهْلُ الرَّاكِبِ الخَفِيفِ وَيَخِفُّ عَلَيْهَا رُكُوبُ الثَّقِيلِ لِعِلْمِهِ بِالفُرُوسِيَّةِ، وَلِأَنَّ الآدَمِيَّ غَيْرُ مَوْزُونٍ فَلَا يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ الوَزْنِ فَاعْتُبِرَ عَدَدُ

يكن معها صاحبها، وإن كان صاحبها معها فإن تلف بعد التسليم إلى صاحبها لم يضمن، وإن تلف في حال الحمل ضمن، وفي قدر الضمان قولان، أحدهما: نصف قيمته، والثاني: أنه يقسط، وما قابل الزيادة يجب، وإذا لم يهلك يجب المسمى، وفيما زاد أجر المثل، وعن مالك خير المالك بين تضمين القيمة بالتعدي، وبين أجر المثل.

قوله: [٢/ ٣١٣/ أ] (**فأردف معه رجلًا**) قيد بالإرداف لأنه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن كل القيمة وإن كانت الدابة تطيق ذلك؛ لأن ثقل الراكب مع الذي حمله يجتمعان في مكان واحد فيكون أشق عليها، فصار كما لو حمَّلها مثل وزن الحنطة حديدًا.

(**ضمن نصف قيمتها**)، أي: مع تمام الأجر إذا كان الهلاك بعد البلوغ إلى المقصد، ثم المالك بالخيار إن شاء ضمن المستأجر، ولا يرجع المستأجر على الغير سواء كان الغير مستعيرًا أو مستأجرًا، وإن ضمن الرديف يرجع على المستأجر إن كان الغير مستأجرًا، وإن كان مستعيرًا لا يرجع، وهذا إذا كانت الدابة تطيق ذلك، فإن لم تطق يضمن جميع قيمتها، وهو قياس قول الشافعي، وأحمد.

وقال الشافعي في قولٍ: يجب على المرتدف نصف الضمان كقولنا، وقال في قولٍ: يقسّط على أوزانهما أن يطيق ذلك.

قوله: (لعلمه بالفروسية)، فرُبَّ خفيف لا يحسن الركوب فيضرُّ بالدابة،

الرَّاكِبِ كَعَدَدِ الجُنَاةِ فِي الجِنَايَاتِ. قَالَ: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مِن الحِنْطَةِ، فَحَمَلَ عَلَيْهَا أَكْثَرَ مِنهُ، فَعَطِبَتْ: ....

ورب ثقيل يحسن الركوب فلا يضر بالدابة، ولهذا قال الحلواني: هذا إذا أردف مثله، أما لو أردف صبيًّا لا يستمسك بنفسه فكان بمنزلة الحمل فيضمن بقدر ثقله.

قوله: (**كعدد الجناة**)، يعني يعتبر عدد الجناة لا عدد الجنايات، حتى لو جرح إنسان عشر جراحات وجرح آخر جراحة يتنصف الضمان، فربما يهلك الإنسان من جراحة ويسلم من عشر جراحات.

فإن قيل: ينبغي أن يضمن كل القيمة؛ لأنه لو استأجرها ليركبها بنفسه، وفي مثله لو أركب غيره يجب عليه ضمان كل القيمة، وههنا وجد إركاب الغير مع ركوب نفسه، فركوبه بنفسه إن لم يوجب عليه زيادة ضمان على ضمان الإركاب ينبغي أن لا يوجب نقصان ضمان منه، وكذا ينبغي أن لا يجب عليه الأجر؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان، وههنا يجب عليه نصف الضمان فينبغي أن لا يجب عليه نصف الأجر.

قلنا: إنما ينتفي الأجر عند وجوب الضمان إذا ملكه بالضمان بطريق الغصب؛ لأنه لا أجر في ملكه، وههنا لم يملك بهذا الضمان شيئًا مما شغله بركوب نفسه، وجميع المسمى بمقابلة ذلك، وإنما يضمن ما شغله غيره ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه لما بينا أن الضرر في الدابة ليس من قبيل ثقل الراكب وخفته، فلهذا يوزع الضمان نصفين، وهذا هو الجواب عما سأل بقوله.

فإن قيل: قد تقرر عليه ضمان نصف القيمة، وقد ملك نصف الدابة من حين ضمن، فينبغي أن لا يلزمه نصف الأجر.

والجواب عن قوله - وفي مثله: لو أركب غيره يجب عليه ضمان كل القيمة - أنه إذا أركب غيره فهو مخالف في الكل، وإذا ركبها بنفسه فهو موافق فيما شغله بنفسه، مخالف فيما شغله بغيره، ألا ترى أنه لو استأجرها لركوبه لم يجب الأجر إذا حمل عليها غيره، ووجب الأجر إذا ركبها وحمل مع نفسه غيره، كذا

ضَمِنَ مَا زَادَ الثِّقَلُ)؛ لِأَنَّهَا عَطِبَتْ بِمَا هُوَ مَأْذُونٌ فِيهِ وَمَا هُوَ غَيْرُ مَأْذُونٍ فِيهِ وَالسَّبَبُ الثِّقَلُ فَانْقَسَمَ عَلَيْهِمَا (إِلَّا إِذَا كَانَ حِمْلًا لَا يُطِيقُهُ مِثْلُ تِلْكَ الدَّابَّةِ فَحِينَئِذٍ يَضْمَنُ كُلَّ قِيمَتِهَا) لِعَدَمِ الإِذْنِ فِيهَا أَصْلًا لِخُرُوجِهِ عَنْ العَادَةِ.

في المبسوط[١].

وفيه: هذا إذا كانت الدابة تطيق ذلك حمل رجلين، فإن لم تطق فإن كان يعلم أن لا تطيق ذلك فهو متلف يضمن جميع قيمتها.

قوله: (**فانقسم**)، أي: الضمان، (**عليهما**)، أي: على ما هو مأذون فيه، وعلى ما هو غير مأذون، وهذا بخلاف ما لو استأجر ثورًا ليطحن به عشرة مخاتيم فطحن أحد عشر فهلك حيث يضمن جميع قيمتها ولا يتوزع؛ لما أن الطحن يكون شيئًا فشيئًا، فكما طحن عشرة مخاتيم انتهى إذن المالك، فبعد ذلك في الطحن مخالف في جميع الدابة، مستعمل لها بغير إذن مالكها فيضمن جميعها.

أما الحمل فيكون جملة واحدة، فهو في البعض مستعمل بالإذن، وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان، كذا في المبسوط[٢].

وعن هذا قال في المغني في مسألة الحنطة التي زاد على المسمى: هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما إذا حمل عليها أحد عشر مختومًا دفعة واحدة، أما إذا حمل عليها عشرة مخاتيم، ثم حمل عليها مختومًا وعطب يضمن جميع قيمتها كما في مسألة الطحن.

وقوله: (**ضمن ما زاد الثقل**) مقيد بما إذا كان المزيد من جنس المسمى كما ذكرنا في مخاتيم الحنطة؛ لأنه إذا لم يكن المزيد من جنس المسمى، كما لو استأجرها ليحمل عليها كُرَّ شعير فحمل عليها حنطة بمثل ذلك الكيل فهلك ضمن جميع قيمتها؛ لأن الحنطة بمثل كيل الشعير [٢/ ٣١٣/ ب] أثقل، فيكون ضررها أكثر.

والفرق أن المزيد إذا كان من جنس المسمى كان في حق المزيد عليه ما ذكرنا، وفي حق الزيادة فلا يضمن لما أذن فيه.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ١٣٩).
(٢) المبسوط للسرخسي (١١/ ١٣٩).

قَالَ: (وَإِنْ كَبَحَ الدَّابَّةَ بِلِجَامِهَا، أَوْ ضَرَبَهَا فَعَطِبَتْ: ضَمِنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ إِذَا فَعَلَ فِعْلًا مُتَعَارَفًا)(*)؛ لِأَنَّ الْمُتَعَارَفَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَ مُطْلَقِ

أما إذا كانت الزيادة من غير جنس المسمى كانت المخالفة في الجميع فيضمن؛ لأن هناك ما عمل غير داخل تحت العقد، إلا أنا نسقط حكم الخلاف إذا تساويا في الضرر، فإذا لم يتساويا ظهر موجب الخلاف وهو نظير الحائط المشترك، أما إذا مال فاشهد على أحدهما ثم سقط فقتل إنسانًا فإنه يضمن بقدر نصيبه، إليه أشار في الذخيرة، والإيضاح.

قوله: (وإن كبح الدابة)، أي: جذبها إلى نفسه لتقف ولا تجري، كذا في الصحاح[١].

قوله: (وقالا)، أي: أبو يوسف ومحمد: (لا يضمن إذا فعل فعلًا متعارفًا)، وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور؛ لأن المتعارف يدخل تحت العقد إذ المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، والضرب والكبح باللجام معتاد فيثبت الإذن بهما دلالة.

ولو أذن فيهما لم يضمن بالاتفاق فكذا إذا ثبت عرفًا، وقد صح أنه عليه الصلاة السلام نخس بعير جابر وضربه[٢]، وكان أبو بكر يحرش بعيره بمحجنه[٣].

ولأبي حنيفة أنه تلف بجنايته فيضمن كغير المستأجر، وذلك لأن المستحق السير لا نهايته، وبالكبح والضرب يستخرج منها نهايته، ومطلق السير قد يستخرج بالتحريك والصياح فلا يكون الضرب من اللوازم، على أنه إن أبيح له الضرب يتقيد بشرط السلامة لأنه إنما أبيح له لمنفعة نفسه لا لحق المالك، فإن حق المالك يتقرر في الأجر بدونه، وصار كتعزير الزوج زوجته، ورمي الرجل

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) الصحاح تاج اللغة للجوهري (١/ ٣٩٨).

(٢) أخرجه البخاري (٧/ ٥ رقم ٥٠٧٩)، ومسلم (٢/ ١٠٨٨ رقم ٧١٥) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٣) أخرجه الشافعي في المسند (ص ٣٧٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ١٢٥ رقم ٩٧٩٤).

العَقْدِ، فَكَانَ حَاصِلًا بِإِذْنِهِ فَلَا يَضْمَنُهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ الإِذْنَ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، إِذْ يَتَحَقَّقُ السَّوْقُ بِدُونِهِ، وَإِنَّمَا هُمَا لِلْمُبَالَغَةِ فَيَتَقَيَّدُ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ كَالمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا إِلَى الحِيرَةِ فَجَاوَزَ بِهَا إِلَى القَادِسِيَّةِ ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى الحِيرَةِ ثُمَّ نَفَقَتْ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَكَذَلِكَ العَارِيَّةُ) وَقِيلَ: تَأْوِيلُ هَذِهِ المَسْأَلَةِ إِذَا اسْتَأْجَرَهَا ذَاهِبًا لَا جَائِيًا؛ لِيَنْتَهِيَ العَقْدُ بِالوُصُولِ إِلَى الحِيرَةِ فَلَا يَصِيرُ بِالعَوْدِ مَرْدُودًا إِلَى يَدِ المَالِكِ مَعْنًى.

وَأَمَّا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا ذَاهِبًا وَجَائِيًا: فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ المُودَعِ إِذَا خَالَفَ ثُمَّ عَادَ إِلَى الوِفَاقِ. وَقِيلَ: لَا، بَلْ الجَوَابُ مُجْرًى عَلَى الإِطْلَاقِ.

إلى الصيد، ومشيه في الطريق فإن هذا كله مباح شرعًا ويتقيد بشرط السلامة.

بخلاف ما إذا أذن نصًّا فإن بعده فعله كفعل المالك، كذا في المبسوط[1].

وفعل النبي عليه الصلاة والسلام يدل على إباحته، وهذا لا ينفي الضمان؛ لأنه مقيد بشرط السلامة.

أما الأب إذا ضرب ابنه للتأديب ضربًا يضرب مثله فمات من ذلك ضمن الدية والكفارة، وبه قال الشافعي؛ لأنه يمكنه التأديب بغير الضرب، وعندهما ومالك، وأحمد: لا يضمن، وعلى هذا الخلاف الوصي، ولو أسرف في الضرب، أو ضرب من لا عقل له فعليه الضمان بالإجماع.

(الحيرة) بكسر الحاء مدينة على ميل من الكوفة.

قوله: (فهو ضامن)، وكذلك العارية، وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد.

وهل يجب أجر المثل في الزيادة؟ فعندنا والثوري لا يجب، وعند الشافعي وأحمد يجب أجر المثل في الزيادة، وحكي عن مالك: إذا تجاوز بها إلى مسافة بعيدة خيَّر صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي؛ لأنه متعد بإمساكها فكان لصاحبها تضمينها إياه.

قوله: (مجرى على الإطلاق)، أي: سواء استأجرها ذاهبًا أو جائيًا أو لا،

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٧٤).

وَالفَرْقُ: أَنَّ المُودَعَ بِأُمُورٍ بِالحِفْظِ مَقْصُودًا، فَبَقِيَ الأَمْرُ بِالحِفْظِ بَعْدَ العَوْدِ إِلَى الوِفَاقِ، فَحَصَلَ الرَّدُّ إِلَى يَدِ نَائِبِ المَالِكِ، وَفِي الإِجَارَةِ وَالعَارِيَّةِ يَصِيرُ الحِفْظُ مَأمُورًا بِهِ تَبَعًا لِلاسْتِعْمَالِ لَا مَقْصُودًا، فَإِذَا انْقَطَعَ الِاسْتِعْمَالُ لَمْ يَبْقَ هُوَ نَائِبًا، فَلَا

فلا يبرأ بالعود؛ لأنه بالمجاورة صار غاصبًا، ودخلت الدابة في ضمانه، والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك، أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد.

فإن قيل: غاصب الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجد الرد على هذين.

قلنا: يريد في المأخذ فيقول: إنما يبرأ بالرد إلى أحد هذين، أو إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل، والغاصب الأول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه، كذا في الفوائد الظهيرية.

طعن عيسى بن أبان وقال: إلحاق الإجارة بالعارية كما ذكره في الكتاب غير مستقيم؛ لما أن يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما لحقه من الضمان على المالك كما في الوديعة، ولهذا مؤنة الرد على المالك بخلاف العارية حيث لا يرجع المستعير على المالك بشيء.

قلنا: يد المستأجر يد نفسه لأنه قبضه لمنفعة نفسه كالمستعير، ولكن رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة، وذلك لا يدل على أن يده ليست كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان المغرور.

فإن قيل: لو استأجرت المرأة ثوبًا لتلبسه أياما فلبست بالليل كانت ضامنة، ثم إذا جاء النهار برئت من الضمان، فعلم أن المستأجر إذا عاد إلى الوفاق [٢/ ٣١٤/أ] يبرأ من الضمان.

قلنا: وجوب الضمان عليها بالاستعمال دون اليد، فلها أن تمسكه بالليل، وههنا وجوب الضمان باعتبار إمساك الدابة بعد المجاوزة بدليل أنه لو لم يركبها فهلكت يضمن، والإمساك وإن أعادها إلى الحيرة يزول بالرد على المالك [أو إلى][(١)] من هو قائم مقامه ولم يوجد، كذا ذكره المحبوبي.

(١) في الأصل: (أولى)، والمثبت من النسخة الثانية.

يَبْرَأُ بِالعَوْدِ وَهَذَا أَصَحُّ. قَالَ: (وَمَنْ اكْتَرَى حِمَارًا بِسَرْجٍ فَنَزَعَ السَّرْجَ وَأَسْرَجَهُ بِسَرْجٍ يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ: فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ يُمَاثِلُ الأَوَّلَ تَنَاوَلَهُ إِذْنُ المَالِكِ، إِذْ لَا فَائِدَةَ فِي التَّقْيِيدِ بِغَيْرِهِ، إِلَّا إِذَا كَانَ زَائِدًا عَلَيْهِ فِي الوَزْنِ فَحِينَئِذٍ يَضْمَنُ الزِّيَادَةَ (وَإِنْ كَانَ لَا يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ: ضَمِنَ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الإِذْنُ مِن جِهَتِهِ فَصَارَ مُخَالِفًا (وَإِنْ أَوْكَفَهُ بِإِكَافٍ لَا يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ: يَضْمَنُ) لِمَا قُلْنَا فِي السَّرْجِ، وَهَذَا أَوْلَى (وَإِنْ أَوْكَفَهُ بِإِكَافٍ يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ: يَضْمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ،

قوله: (**وهذا**)، أي: الجواب على الإطلاق (**أصح**)، وفي الكافي: وقيل الأول أصح.

قوله: (**إذ لا فائدة في التقييد بغيره**)، أي: من حيث المنع، أي: لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحب الدابة إذا كان غير ذلك السرج يماثل السرج الذي عينه، والأولى في اللفظ ههنا أن يقال: إذ لا فائدة في التقييد بعينه، أي بعين ذلك السرج الذي عينه المالك كما قاله المحبوبي.

قوله: (**وإن كان لا يسرج بمثله الحُمُر**) بأن أسرج الحمار سرج البِرْذَوْن[١] ضمن)، أي: جميع القيمة.

وفي الفوائد الظهيرية: ضمن القيمة، ولم يذكر فيه خلافًا، ولا يقال التفاوت بين السَّرْجَيْنِ دون التفاوت بين الإكاف والسرج؛ لأن السرج جنس واحد.

أما الإكاف: فمخالف للسرج جنسًا فيجب أن لا يضمن جميع القيمة عندهما كما لو أوكف المسرج؛ لأنا نقول: التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج والإكاف في الصورة والانتفاع، أما في حق الإضرار بالدابة بين سرج الحمير، وبين إكاف يوكف بها الحمير أقل من التفاوت بين سرج الحمير وسرج البَرَاذِين، وحكم الضمان يتعلق بالضرر.

---

(١) البِرْذَوْنُ: يُطلق على غير العربي من الخيل والبغال، من الفصيلة الخيلية، عظيم الخِلْقة، غليظ الأعضاء، قوي الأرجل، عظيم الحوافر. والجمع: بَرَاذِينُ.

وَقَالَا: يَضْمَنُ بِحِسَابِهِ)(*)؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ: كَانَ هُوَ وَالسَّرْجُ سَوَاءٌ، فَيَكُونُ المَالِكُ رَاضِيًا بِهِ، إِلَّا إِذَا كَانَ زَائِدًا عَلَى السَّرْجِ فِي الوَزْنِ فَيَضْمَنُ الزِّيَادَةَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِالزِّيَادَةِ فَصَارَ كَالزِّيَادَةِ فِي الحَمْلِ المُسَمَّى إِذَا كَانَ مِن جِنْسِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّ الإِكَافَ لَيْسَ مِن جِنْسِ السَّرْجِ؛ لِأَنَّهُ لِلْحَمْلِ، وَالسَّرْجُ لِلرُّكُوبِ، وَكَذَا يَنْبَسِطُ أَحَدُهُمَا عَلَى ظَهْرِ الدَّابَّةِ مَا لَا يَنْبَسِطُ عَلَيْهِ الآخَرُ، فَكَانَ مُخَالِفًا، كَمَا إِذَا حَمَلَ الحَدِيدَ وَقَدْ شَرَطَ لَهُ الحِنْطَةَ.

قَالَ: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَ حَمَّالًا لِيَحْمِلَ لَهُ طَعَامًا فِي طَرِيقِ كَذَا، فَأَخَذَ فِي طَرِيقٍ غَيْرِهِ يَسْلُكُهُ النَّاسُ، فَهَلَكَ المَتَاعُ: فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَإِنْ بَلَغَ، فَلَهُ الأَجْرُ) وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ الطَّرِيقَيْنِ تَفَاوُتٌ؛ لِأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ التَّقْيِيدَ غَيْرُ مُفِيدٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ تَفَاوُتٌ

قوله: (وقالا يضمن بحسابه)، قال بعض المشايخ: ليس في المسألتين اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة؛ لأنه لم يذكر في الجامع الصغير أنه ضامن جميع القيمة، ولكن قال: هو ضامن، ولم يبين أي قدر ما يضمن، فكان المطلق محمولًا على المفسر.

وقيل: عن أبي حنيفة روايتان، في رواية الإجارات: يضمن بقدر ما زاد، وفي رواية الجامع: يضمن جميع القيمة، قال شيخ الإسلام: وهو الأصح.

وتكلموا في معنى قولهما: (يضمن بحسابه)، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة.

قيل: المراد هو المساحة، حتى لو كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين، والإكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمتها، وقيل: بحسابه بالثقل والخفة، كذا في جامع المحبوبي.

قوله: (أما إذا كان التفاوت)، وهو أن يكون الذي سلكه أشق، أو أبعد، أو أخوف فهلك يضمن، ولا يعلم فيه خلاف، وإن بلغ إليه المتاع مع ذلك فله الأجر لحصول المقصود، كذا في الفوائد الظهيرية، ولا خلاف فيه[1].

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٩/ ٩٠)، والبناية شرح الهداية للعيني (١٠/ ٢٦٤).

يَضْمَنُ لِصِحَّةِ التَّقْيِيدِ: فَإِنَّ التَّقْيِيدَ مُفِيدٌ، إِلَّا أَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ التَّفَاوُتِ إِذَا كَانَ طَرِيقًا يَسْلُكُهُ النَّاسُ فَلَمْ يُفَصِّلْ (وَإِنْ كَانَ طَرِيقًا لَا يَسْلُكُهُ النَّاسُ فَهَلَكَ: ضَمِنَ)؛ لِأَنَّهُ صَحَّ التَّقْيِيدُ فَصَارَ مُخَالِفًا (وَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ الأَجْرُ)؛ لِأَنَّهُ ارْتَفَعَ الخِلَافُ مَعْنًى، وَإِنْ بَقِيَ صُورَةً. قَالَ: (وَإِنْ حَمَلَهُ فِي البَحْرِ فِيمَا يَحْمِلُهُ النَّاسُ فِي البَرِّ ضَمِنَ) لِفُحْشِ التَّفَاوُتِ بَيْنَ البَرِّ وَالبَحْرِ (وَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ الأَجْرُ) لِحُصُولِ المَقْصُودِ وَارْتِفَاعِ الخِلَافِ مَعْنًى.

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَزْرَعَهَا حِنْطَةً فَزَرَعَهَا رَطْبَةً ضَمِنَ مَا نَقَصَهَا) لِأَنَّ

وقوله: (إلا أن الظاهر)، إلى آخره جواب إشكال يرد على التفصيل وهو أن يقال: أن محمدًا أطلق الرواية بأنه لا ضمان عليه فيما أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد، فكيف يقيدها بهذا: **(وإن بلغ فله الأجر)** إلى آخره، وكذلك في مسألة البحر.

فإن قيل: اجتمع الضمان مع الأجر - وقد ذكرنا من المبسوط أنهما لا يجتمعان -.

قلنا: ليس كذلك؛ لأن الضمان حال عدم التبليغ، والأجر في حالة التبليغ وإن سلم، لكن مثل هذا الجمع يجوز؛ كما في العبد المحجور إذا أجر نفسه، فإن تلف في العمل كان المستأجر ضامنًا، وإن سلم يجب الأجر فهذا مثله، ذكره المحبوبي.

قوله: (لفحش التفاوت بين البر والبحر)، حتى أن للمودع أن يسافر بالوديعة من طريق البر دون البحر، وعن العباس ﵁ أنه كان يشترط على المضارب أن لا يركب بحرًا، ولا ينزل واديًا، ولا يشتري ذا كبد[1]، قيل: أن البحر دور على عود.

قوله: (ضمن ما نقصها)، ولا يعلم فيه خلاف.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٥٢ رقم ٣٠٨١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١١١ رقم ١١٩٤٥) من حديث ابن عباس ﵄.
وضعفه الدارقطني، والبيهقي.

الرِّطَابَ أَضَرُّ بِالأَرْضِ مِن الحِنْطَةِ، لِانْتِشَارِ عُرُوقِهَا فِيهَا وَكَثْرَةِ الحَاجَةِ إِلَى سَقْيِهَا، فَكَانَ خِلَافًا إِلَى شَرٍّ، فَيَضْمَنُ مَا نَقَصَهَا (وَلَا أَجْرَ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ غَاصِبٌ لِلْأَرْضِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ.

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى خَيَّاطٍ ثَوْبًا لِيَخِيطَهُ قَمِيصًا بِدِرْهَمٍ، فَخَاطَهُ قَبَاءً: فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الثَّوْبِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ القَبَاءَ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ دِرْهَمًا) قِيلَ: مَعْنَاهُ القَرْطَقُ الَّذِي هُوَ ذُو طَاقٍ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالَ القَمِيصِ، وَقِيلَ: هُوَ مُجْرًى عَلَى إِطْلَاقِهِ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَقَارَبَانِ فِي المَنْفَعَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يُضَمِّنُهُ مِن غَيْرِ خِيَارٍ؛ لِأَنَّ القَبَاءَ خِلَافُ جِنْسِ القَمِيصِ.

قوله: (لا أجر له لأنه غاصب)، وعند الشافعي وأحمد رب الأرض مخير بين أخذ الأجر وما نقصت الأرض، وبين أخذ أجر المثل للجميع، وعند أحمد في رواية: عليه أجر المثل كالغاصب.

قوله: (على ما قررناه) إشارة إلى قوله لأن الرطاب أضر بالأرض.

قوله: (قيل: معناه القُرْطَق[1] الذي) إلى آخره، القُرطق تعريب كرته، (ويك تاهي) والقرطق الذي يلبسه الأتراك مكان القميص، ويقال بالفارسية: (يكتهي)، وفي المُغرِب: القرطق قباذ وطاق واحد[2]، يعني يكتاه.

قال [٢/ ٣١٤/ب] الإمام ظهير الدين: القميص إذا قُدَّ من قُبل كان قباء طاق، وإذا خيط جانباه كان قميصًا وهو المراد من القرطق، كذا في الخبازية.

قوله: (وعن أبي حنيفة)، وهو رواية الحسن عنه **(يضمنه من غير خيار)**،

---

(١) قال الزبيدي: القُرْطَق، كجُنْدَب، أهمله الجوهري، وقال ابن الأثير: هو القباء، وهو لبس معروف معرب كُرْتَه، قال: وإبدال القاف من الهاء في الأسماء المعربة كثير. وفي الحديث: "جاءَ الغلامُ وعلَيه قُرْطَقٌ أبيضُ". ويقال: قَرْطَقْتُهُ، فتَقَرْطَقَ أي: ألبسته إياه، فلبسه نقله الصاغاني. ومما يستدرك عليه: قُرَيْطِقٌ: تصغير قُرطَقْ، وقد جاء في الحديث. وقُرْطُق كَقُنفُذ، لغة، عن ابن الأثير.

وأغرب من ذلك قرطق، كجعفر، نقله شيخنا عن صاحب المصباح. تاج العروس من جواهر القاموس (٢٦/ ٣٣٦).

(٢) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٣٨٠).

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ: أَنَّهُ قَمِيصٌ مِن وَجْهٍ؛ لِأَنَّهُ يُشَدُّ وَسَطُهُ، فَمِن هَذَا الوَجْهِ: يَكُونُ مُخَالِفًا؛ لِأَنَّ القَمِيصَ لَا يُشَدُّ وَيُنْتَفَعُ بِهِ انْتِفَاعُ القَمِيصِ فَجَاءَتْ المُوَافَقَةُ وَالمُخَالَفَةُ فَيَمِيلُ إِلَى أَيِّ الجِهَتَيْنِ شَاءَ، إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ لِقُصُورِ جِهَةِ المُوَافَقَةِ، وَلَا يُجَاوِزُ بِهِ الدِّرْهَمَ المُسَمَّى كَمَا هُوَ الحُكْمُ فِي سَائِرِ الإِجَارَاتِ الفَاسِدَةِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ فِي بَابِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَلَوْ خَاطَهُ سَرَاوِيلَ، وَقَدْ أَمَرَ بِالقَبَاءِ، قِيلَ: يَضْمَنُ مِن غَيْرِ خِيَارٍ لِلتَّفَاوُتِ فِي المَنْفَعَةِ، وَالأَصَحُّ: أَنَّهُ يُخَيَّرُ لِلِاتِّحَادِ فِي أَصْلِ المَنْفَعَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أُمِرَ بِضَرْبِ طَسْتٍ مِن شَبَهٍ فَضَرَبَ مِنهُ كُوزًا، فَإِنَّهُ يُخَيَّرُ كَذَا هَذَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

أي: لا خيار لرب الثوب، والخياط ضامن قيمة ثوبه، وهو قياس قول الأئمة الثلاثة.

هذا أيضًا إذا تصادقا على الأمر بخياطة القميص، ولو تخالفا فقال رب الثوب: أمرتك بخياطة القميص، وقال الخياط: لا، بل أمرتني بخياطة القباء، فالقول لرب الثوب، وبه قال مالك، وأحمد، وابن أبي ليلى، وأبو ثور.

وقال أحمد في رواية: القول للخياط لأنهما اتفقا على الإذن، واختلفا في صفته، فكان القول قول المأذون له كالمضارب.

واختلف أصحاب الشافعي، فمنهم من قال: في المسألة قولان كالمذهبين، ومنهم من قال: الصحيح أن القول لرب الثوب، ومنهم من قال: له قول ثالث أنهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان في الثمن.

قوله: (لا يجاوز به الدرهم المسمى) عندنا خلافًا للأئمة الثلاثة كما يجيء في الإجارة الفاسدة.

قوله: (يضمن من غير خلاف)، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (للاتحاد في أصل المنفعة)، وهو اللبس والستر. والله أعلم.

بَابُ الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ

قَالَ: (الإِجَارَةُ تُفْسِدُهَا الشُّرُوطُ، كَمَا تُفْسِدُ البَيْعَ)؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ عَقْدٌ يُقَالُ وَيُفْسَخُ (وَالوَاجِبُ فِي الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ: أَجْرُ المِثْلِ لَا يُجَاوَزُ بِهِ المُسَمَّى) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ بَالِغًا مَا بَلَغَ اعْتِبَارًا بِبَيْعِ الأَعْيَانِ.

وَلَنَا: أَنَّ المَنَافِعَ لَا تَتَقَوَّمُ بِنَفْسِهَا، بَلْ بِالعَقْدِ، لِحَاجَةِ النَّاسِ، ....

بَابُ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ

لما ذكر حكم الصحيحة شرع في الفاسدة لأنها تأخذ الحكم من الصحيحة.

قوله: (**تفسدها الشروط**)، أي: شرط مخالف لموجب العقد، كما لو استأجر رحى ماء على أنه إن انقطع ماؤه فالأجر عليه، فإن موجب العقد أن لا يجب الأجر إلا بالتمكن من استيفاء المعقود، فكل شرط مخالف لموجب العقد يفسد لأن الإجارة بنيت على المضايقة والمماكسة فيفسد بالشرط كالبيع؛ لأن اشتراطه يكون سببًا للمنازعة.

ألا ترى أن النكاح لا يفسد بالشرط لما أنه بني على المسامحة، ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (**والواجب في الإجارة الفاسدة**) إلى آخره، هذا الحكم إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى، ولا باعتبار عدم التسمية؛ لأنه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الأجر بالغًا ما بلغ، ذكره في المغني، والذخيرة، وفتاوى قاضي خان[1].

قوله: (**وقال زفر والشافعي**)، وبه قال مالك وأحمد؛ لأن المنافع متقومة عندهم، فإذا تعذر إيجاب المسمى للفساد يجب المصير إلى القيمة كما في الأعيان.

(**ولنا أن المنافع لا تتقوم بنفسها**)؛ لأن التقوم يستدعي سبق الإحراز، وما لا يبقى كيف يحرز، كما ذكر في الأصول.

(**بل بالعقد**)، يعني صارت متقومة شرعًا بالعقد لضرورة حاجة الناس إليه.

---

(١) انظر: فتاوى قاضي خان (٢/ ١٥٢).

فَيُكْتَفَى بِالضَّرُورَةِ فِي الصَّحِيحِ مِنهَا، إِلَّا أَنَّ الفَاسِدَ تَبَعٌ لَهُ، وَيُعْتَبَرُ مَا يُجْعَلُ بَدَلًا فِي الصَّحِيحِ عَادَةً، لَكِنَّهُمَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى مِقْدَارٍ فِي الفَاسِدِ فَقَدْ أَسْقَطَا الزِّيَادَةَ، وَإِذَا نَقَصَ أَجْرُ المِثْلِ لَمْ يَجِبْ زِيَادَةُ المُسَمَّى لِفَسَادِ التَّسْمِيَةِ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ العَيْنَ مُتَقَوِّمَةٌ فِي نَفْسِهَا وَهِيَ المُوجِبُ الأَصْلِيُّ، فَإِنْ صَحَّتْ التَّسْمِيَةُ انْتَقَلَ عَنْهُ وَإِلَّا فَلَا.

(فيكتفى بالضرورة في الصحيح)، أي: تقوم المنافع للضرورة فيكتفى في العقد الصحيح دون الفاسد.

(ويعتبر ما جعل بدلًا في الصحيح) بدلًا في الفاسد؛ لأن الفاسد ملحق بالصحيح لكونه تبعًا له، والتبع يثبت بحسب ثبوت الأصل، وهذا لأن الفاسد مشروع بأصله دون وصفه، وفي تمييزه من الصحيح حرج فألحقناه به، فإذا التحق به يعتبر فيه ما يعتبر في الصحيح من البدل عادة وهو أجر المثل، إلا أنه إذا كان المسمى أقل يجب المسمى لاتفاقهما على هذا القدر.

(فقد أسقطا الزيادة) والإسقاط وإن كان في ضمن التسمية لكن لا يفسد بفسادها لرضاه بسقوط الزيادة، وعدم تقوم المنافع في نفسها فلم يظهر التقويم فيما زاد على ذلك.

(وإذا نقص أجر المثل) يحسب أجر المثل (لفساد التسمية).

(فإن صحت التسمية انتقل)، أي: التسمية على تأويل ذكر التسمية.

(عنه)، أي: عن الموجب الأصلي وهو القيمة في الأعيان.

وفي الحاصل من شرح الطحاوي: في الإجارة الفاسدة لا يجب الأجر إذا لم ينتفع به عندنا وأحمد، وعند الشافعي ومالك: يجب أجر المثل بالتمكن من الاستيفاء كالصحيح، ولو استأجر شيئًا ثم آجره قبل قبضه لا يجوز بلا خلاف، وقيل: يجوز في العقار عند أبي حنيفة، وإن آجره بعد القبض يجوز بلا خلاف.

فلو كانت الأجرة الثانية أكثر لا يطيب له الفضل عندنا والثوري، والشعبي، [والنخعي][(١)]، وابن المسيب، وأحمد في رواية.

وقال الشافعي، وأحمد، وأبو ثور، وعطاء، والحسن، والزهري: يطيب

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ: فَالعَقْدُ صَحِيحٌ فِي شَهْرٍ وَاحِدٍ، فَاسِدٌ فِي بَقِيَّةِ الشُّهُورِ، إِلَّا أَنْ يُسَمِّيَ جُمْلَةَ شُهُورٍ مَعْلُومَةٍ)؛ لِأَنَّ الأَصْلَ: أَنَّ كَلِمَةَ «كُلٍّ» إِذَا دَخَلَتْ فِيمَا لَا نِهَايَةَ لَهُ تَنْصَرِفُ إِلَى الوَاحِدِ، لِتَعَذُّرِ العَمَلِ بِالعُمُومِ، فَكَانَ الشَّهْرُ الوَاحِدُ مَعْلُومًا فَصَحَّ العَقْدُ فِيهِ، وَإِذَا تَمَّ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَنْ يَنْقُضَ الإِجَارَةَ لِانْتِهَاءِ العَقْدِ الصَّحِيحِ (وَلَوْ سَمَّى جُمْلَةَ شُهُورٍ مَعْلُومَةٍ: جَازَ)؛ لِأَنَّ المُدَّةَ

لملكه المنفعة بعقد الإجارة.

وقلنا: هذا ربح ما لم يضمن، وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك(١).

[٢/ ٣١٥/ أ] قوله: (**فالعقد صحيح في شهر واحد**)، وبه قال الشافعي في الإملاء، واختاره الإِصْطَخْرِي من أصحابه، وأحمد، وقال الشافعي في الأصح: الإجارة باطلة لأن كل اسم للعدد فإذا لم يقدره كان مبهمًا مجهولًا فيكون فاسدًا، وقال مالك: الإجارة صحيحة، وكلما مضى شهر استحق الأجرة؛ لأن الإجارة لا تكون لازمة عنده، لأن المنافع مقدرة بتقدير الأجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة.

أما لو قال: أَجَّرتك دارًا عشرين شهرًا كل شهر بدرهم يجوز عند الجميع ولا خلاف فيه؛ لأن المدة صارت معلومة.

قوله: (لأن الأصل) إلى آخره، معناه أنه لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها، ولا على ما بين الأدنى والكل لعدم أولوية بعضها على البعض فتعين الأدنى.

(**وإذا تم**)، أي: الشهر الأول (**كان لكل واحد نقض الإجارة**).

ثم إذا فسخ أحدهما الإجارة من غير محضر صاحبه هل يصح؟ قال بعض المشايخ: على الخلاف، على قول أبي يوسف يصح، وعلى قول أبي حنيفة

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٣ رقم ٣٥٠٤)، والترمذي (٢/ ٥٢٦ رقم ١٢٣٤)، والنسائي (٧/ ٢٩٥ رقم ٤٦٢٩)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٧ رقم ٢١٨٨)، والحاكم (٢/ ١٧ رقم ٢١٨٥) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وقال الحاكم: هذا حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين صحيح.

صَارَتْ مَعْلُومَةً. قَالَ: (وَإِنْ سَكَنَ سَاعَةً مِن الشَّهْرِ الثَّانِي: صَحَّ العَقْدُ فِيهِ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُؤَجِّرِ أَنْ يُخْرِجَهُ إِلَى أَنْ يَنْقَضِيَ، وَكَذَلِكَ كُلُّ شَهْرٍ سَكَنَ فِي أَوَّلِهِ سَاعَةً)؛ لِأَنَّهُ تَمَّ العَقْدُ بِتَرَاضِيهِمَا بِالسُّكْنَى فِي الشَّهْرِ الثَّانِي، إِلَّا أَنَّ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ هُوَ القِيَاسُ، وَقَدْ مَالَ إِلَيْهِ بَعْضُ المَشَايِخِ، وَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ: أَنْ يَبْقَى الخِيَارُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا فِي اللَّيْلَةِ الأُولَى مِن الشَّهْرِ الثَّانِي وَيَوْمِهَا؛ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ الأَوَّلِ بَعْضَ الحَرَجِ.

ومحمد لا يصح، وقال بعضهم: لا يصح الفسخ هاهنا إلا بمحضر صاحبه بالاتفاق، والوجه من الطرفين مذكور في الذخيرة.

قوله: (فإن سكن ساعة من الشهر الثاني تم العقد)، وبه قال أحمد؛ لأن التراضي منهما جرى مجرى ابتداء العقد كالبيع بالمعاطاة.

قوله: (إلا أن الذي ذكره في الكتاب) من قوله: (إذا سكن ساعة من الشهر الثاني تم العقد) (هو القياس)، وقد مال إليه بعض المتأخرين؛ لأن رأس الشهر في الحقيقة هو الساعة التي يهلُّ فيها الهلال، فإذا هلَّ مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ.

وفي ظاهر الرواية: لكل واحد منهما الخيار في الليلة الأولى من الشهر ويومها؛ لأن ذلك رأس الشهر عرفًا، وفي اعتبار الأول نوع حرج، كذا في المبسوط[١].

وفي الذخيرة: قيل: لم يردَّ محمد **بقوله: (لكل منهما)** أن ينقض الإجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة، بل مراده رأس الشهر من حيث العرف والعادة، وهي الليلة التي يهل فيها الهلال مع يومها؛ كما قال محمد في كتاب الأيمان: حلف ليقضين حقه رأس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها لم يحنث استحسانًا[٢].

وقيل: طريق فسخه أن يقول الفاسخ قبل مجيء الشهر: فسخت الإجارة رأس الشهر، فتنفسخ الإجارة إذا أهلَّ؛ إذ عقد الإجارة مضافًا يصح فكذا فسخه.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٣١).

(٢) انظر: المحيط البرهاني (٧/ ٤٠٨).

قَالَ: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا سَنَةً بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ: جَازَ، وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ قِسْطَ كُلِّ شَهْرٍ مِن الأُجْرَةِ)؛ لِأَنَّ المُدَّةَ مَعْلُومَةٌ بِدُونِ التَّقْسِيمِ فَصَارَ كَإِجَارَةِ شَهْرٍ وَاحِدٍ، فَإِنَّهُ جَائِزٌ وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ قِسْطَ كُلِّ يَوْمٍ، (ثُمَّ يُعْتَبَرُ ابْتِدَاءُ المُدَّةِ مِمَّا سَمَّى، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ شَيْئًا فَهُوَ مِن الوَقْتِ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ)؛ لِأَنَّ الأَوْقَاتَ كُلَّهَا فِي حَقِّ الإِجَارَةِ عَلَى السَّوَاءِ فَأَشْبَهَ اليَمِينَ، بِخِلَافِ الصَّوْمِ؛ لِأَنَّ اللَّيَالِيَ لَيْسَتْ بِمَحَلٍّ لَهُ (ثُمَّ إِنْ كَانَ العَقْدُ حِينَ يَهِلُّ الهِلَالُ: فَشُهُورُ السَّنَةِ كُلِّهَا بِالأَهِلَّةِ)؛ ....

وذكر الحاكم أحمد السمرقندي في شروطه في هذه المسألة: لو عجل أجرة شهرين أو ثلاثة وقبض الآجر الأجر ذلك ليس لأحدهما الفسخ في قدر ما عجل به إذ التعجيل دلالة العقد فيما عجل.

قوله: (استأجر دارًا سنة) إلى آخره، ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (يعتبر ابتداء المدة مما سمى) بأن يقول: من شهر رجب من هذه السنة، وإن لم يُسَمِّ شيئًا فهو من الوقت الذي استأجرها لتساوي الأوقات كلها، وفي مثله يتعين الزمان الذي يتعقب السبب كما في الأيمان، والآجال، بأن حلف لا يكلم فلانًا شهرًا، بخلاف الصوم فإنه إذا نذر أن يصوم شهرًا لم يعين الشهر الذي يلي النذر؛ لأنه يختص الشروع فيه ببعض الأوقات؛ لأن الليل ليست بمحل للصوم(١).

وفي المبسوط: لو استأجر كل شهر بكذا ولم يسم أول الشهر فهو الوقت المتصل بالعقد عندنا، وعند الشافعي: لا تصح الإجارة إلا أن يتصل ابتداء المدة بالعقد، ولا يتصل إلا بالشرط؛ لأنه نَكَّر الشهر، والشهر المتصل بالعقد معين فلا يتعين باسم النكرة، كما لو قال: لله عليَّ أن أصوم شهرًا، لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره، قلنا: الأوقات كلها، إلى آخر ما ذكرنا(٢).

قوله: (يُهَل الهلال) بضم الياء وفتح الهاء على بناء المفعول، أي: يبصر الهلال، أراد به اليوم الأول من الشهر.

---

(١) هكذا في النسخ الخطية، وتقدم في المتن: (لأن الليالي ليست بمحل...).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٣١).

لِأَنَّهَا هِيَ الأَصْلُ (وَإِنْ كَانَ فِي أَثْنَاءِ الشَّهْرِ فَالكُلُّ بِالأَيَّامِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ الأَوَّلُ: بِالأَيَّامِ وَالبَاقِي بِالأَهِلَّةِ؛ لِأَنَّ الأَيَّامَ يُصَارُ إِلَيْهَا ضَرُورَةً، وَالضَّرُورَةُ فِي الأَوَّلِ مِنهَا. وَلَهُ: أَنَّهُ مَتَى تَمَّ الأَوَّلُ بِالأَيَّامِ ابْتَدَأَ الثَّانِيَ بِالأَيَّامِ ضَرُورَةً، وَهَكَذَا إِلَى آخِرِ السَّنَةِ، وَنَظِيرُهُ العِدَّةُ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ.

(لأنها)، أي: الأهلة هي الأصل في الشهور، قال الله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة:١٨٩]، والأيام بدل عن الأهلة، ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «**صُومُوا لرُؤيَتِه، وأَفْطِروا لِرُؤيَتِه، فإن غُمَّ علَيكُمُ الهِلالُ فأَكْمِلوا عِدَّةَ شعبانَ ثَلاثينَ يومًا**»[١]، وإنما يصار إلى البدل إذا تعذر اعتبار الأصل، وهاهنا ممكن فكان له أن يسكنها إلى أن يهل الهلال من الشهر الداخل.

(وإذا كان في أثناء الشهر) فقد تعذر اعتباره بالأهلة **(فيعتبر بالأيام)**، يعني: لو وقعت الإجارة في نصف الشهر، أو بعد مضي أيام كلها بالأيام عند أبي حنيفة بثلاثمائة وستين يومًا [٢/ ٣١٥/ ب]، وبه قال الشافعي في قولٍ، وأحمد في روايةٍ، وفي قولٍ آخر، وروايةٍ أخرى كقول محمد، وعند محمد الشهر الأول بالأيام، والثاني بالأهلة.

وفي الذخيرة: على قول محمد يعتبر الشهر الأول بالأيام ويكمل من الشهر الآخر وباقي الشهور بالأهلة[٢].

قوله: (ونظيره)، أي: نظير هذا الاختلاف مسألة العدة، **(وقد مر في الطلاق)**، قال صاحب النهاية: هذه حوالة غير رابحة فإن مثل هذا الاختلاف لم يمر في الطلاق وما يتعلق به.

قال الإمام المحقق برهان الدين السمرقندي: ناقله[٣] المصنف غلط صاحب النهاية فإن الحوالة رابحة؛ لأنه ذكر في أول الكتاب الطلاق: (ثم إن

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٢٧ رقم ١٩٠٩)، ومسلم (٢/ ٧٦٢ رقم ١٠٨١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٢) المحيط البرهاني (٣/ ٤٥٩).
(٣) هكذا في النسخ الخطية، ولعلها: (ما قاله).

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ الحَمَّامِ وَالحَجَّامِ) أَمَّا الحَمَّامُ فَلِتَعَارُفِ النَّاسِ، وَلَمْ

كان الطلاق في أول الشهر بقية الشهور بالأهلة)، إلى قوله: (وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة) إلى آخره[١].

قوله: (ويجوز أخذ [أجرة][٢] الحمام، والحجام) إلى آخره، وإنما خصهما بالذكر لأن لبعض الناس فيه خلافًا، فقال القاضي الحنبلي، عن أحمد: أنه لا يباح أجر الحجام، وممن كره كسبه: عثمان، وأبو هريرة، والحسن، والنخعي، وذلك لأنه عليه الصلاة والسلام قال: «**كَسْبُ الحَجّامِ خَبيثٌ**»، رواه مسلم[٣]، وقال: «**أطعِمْهُ ناضِحَكَ ورَقيقَكَ**»[٤].

وفي المبسوط: كره بعض العلماء غلة الحجّام والحمّام أخذًا بظاهر الحديث وقالوا: الحمام بيت الشياطين، وسماه رسول الله ﷺ شر بيت، فإنه تكشف فيه العورات، وتصب فيه الغُسالات والنجاسات.

ومنهم من فصل بين حمّام الرجال، وحمّام النساء، فقالوا: يكره اتخاذ حمّام النساء لأنهن منعن من الخروج، واجتماعهن قلّما يخلو عن فتنة، وروي أن نساءً دخلن على عائشة ﵂ قالت: أهنّ من اللاتي يدخلن الحمام؟ وأمرت بإخراجهن[٥].

وعند أكثر العلماء والمجتهدين لَا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء للضرورة خصوصًا في ديار البرد، وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام دخل حمام جحفة[٦].

---

(١) انظر: كتاب الطلاق، باب طلاق البدعة.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١١٩٩ رقم ١٥٦٨) من حديث رافع بن خديج ﵁.
(٤) أخرجه الترمذي (٢/ ٥٦٦ رقم ١٢٧٧)، وابن حبان (١١/ ٥٥٧ رقم ٥١٥٤) عن ابن محيصة، أخي بني حارثة، عن أبيه، أنه استأذن النبي ﷺ في إجارة الحجام، فنهاه عنها، فلم يزل يسأله ويستأذنه حتى قال: «اعْلِفْهُ ناضِحَكَ، وأَطْعِمْهُ رَقيقَكَ».
قال الترمذي: حديث حسن.
(٥) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٥٦).
(٦) أخرج الشافعي في المسند (ص ٣٦٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٦٣ رقم ٩٤٠٣) عن ابن عباس ﵄ أنه دخل حمامًا وهو بالجحفة وهو مُحْرِمٌ، وقال: ما يَعبَأُ اللَّهُ بأوساخِنا شيئًا. وضعفه ابن الملقن في البدر المنير (٦/ ٣٨٣).

تُعْتَبَرْ الجَهَالَةُ لِإِجْمَاعِ المُسْلِمِينَ. قَالَ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَا رَآهُ المُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ» وَأَمَّا الحَجَّامُ فَلِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ احْتَجَمَ وَأَعْطَى الحَجَّامَ الأُجْرَةَ» وَلِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ عَلَى عَمَلٍ مَعْلُومٍ بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ فَيَقَعُ جَائِزًا.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ عَسْبِ التَّيْسِ) وَهُوَ أَنْ يُؤَجِّرَ فَحْلًا لِيَنْزُوَ عَلَى الإِنَاثِ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّ مِن السُّحْتِ عَسْبَ التَّيْسِ» وَالمُرَادُ أَخْذُ

وتأويل ما روي من الكراهة إذا كان مكشوف العورة، ولا كراهة في غلّة الحمام كما لا كراهة في غلّة الدور والحوانيت.

وأما كسب الحجام فأصحاب الظاهر يأخذون بظاهر الحديث؛ وهو ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن عسب التيس، وكسب الحجام، وقفيز الطحان[(١)]، وروى أبو هريرة أنه عليه الصلاة السلام قال: «**مِنَ السُّحْتِ عَسْبُ التّيسِ، ومَهرُ البَغّي، وكَسبُ الحَجّام**»[(٢)].

ولنا ما روى ابن عباس: أنه عليه الصلاة السلام احتجم وأعطى الحجام أجره، متفق عليه[(٣)]، ولو علمه حرامًا لم يعطه، والنهي عن كسب الحجام قد انتسخ بدليل ما ذكره في آخر حديث أبي هريرة قال: فأتاه رجل من الأنصار وقال: إن لي عيالًا، وحجامًا، وناضحًا أفأعلف ناضحي من كسبه؟ قال: «**نعم**»، وقال آخر: إن لي عيالًا وحجامًا أفأطعم عيالي من كسبه؟ قال: «**نعم**»، فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة؛ إذ لو بقيت لما جاز أن يطعم رقيقه وعياله فإنهم آدميون يحرم ما حرم الله عليهم.

قوله: (ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس)، أي: لا يجوز إجارة الفحل

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٤٨٦ رقم ٢٩٨٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣٣٩ رقم ١١١٧١) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.
وضعفه ابن الملقن في البدر المنير (٧/ ٤٠)، والبوصيري في إتحاف الخيرة (٣/ ٣٣٠).

(٢) أخرجه النسائي (٧/ ٣١٠ رقم ٤٦٧٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، بنحوه.
قال البيهقي: ورواه الوليد بن عبيد الله بن أبي رباح والمثنى بن الصباح، عن عطاء، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ: «ثَلاثٌ كلُّهنَّ سُحتٌ»، فذكر: «كَسْبَ الحجامِ، ومَهْرَ البَغِيِّ، وثمنَ الكلبِ إلّا كلبًا ضارِيًا»، والوليد والمثنى ضعيفان. السن الكبرى (٦/ ٦).

(٣) أخرجه البخاري (٣/ ٩٣ رقم ٢٢٧٩)، ومسلم (٣/ ١٢٠٥ رقم ١٢٠٢).

الأُجْرَةِ عَلَيْهِ. قَالَ: (وَلَا الِاسْتِئْجَارُ عَلَى الأَذَانِ وَالحَجِّ، وَكَذَا الإِمَامَةُ وَتَعْلِيمُ القُرْآنِ وَالفِقْهِ) وَالأَصْلُ: أَنَّ كُلَّ طَاعَةٍ يَخْتَصُّ بِهَا المُسْلِمُ، لَا يَجُوزُ الِاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ يَصِحُّ فِي كُلِّ مَا لَا يَتَعَيَّنُ عَلَى الأَجِيرِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ عَلَى

للضّقراب، وبه قالت الأئمة الثلاثة[1] وأكثر العلماء، وخرج أبو الخطاب الحنبلي وبعض أصحاب الشافعي وجهًا في جوازه، وقال: انتفاع مباح، والحاجة تدعو إليه فيجوز؛ كإجارة الظئر للإرضاع، والبئر للاستقاء، ولهذا يباح الانتفاع به بالإعارة فيستباح بالإجارة.

ولنا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن عَسْبِ التّيسِ، رواه البخاري[2]، وفي لفظة: عن "ضِرَابِ الجملِ"[3]، ولأنه يلتزم ما لا يقدر على الوفاء به وهو الإحبال فإن ذلك ليس في وسعه إذ هو يبتني على نشاط الفحل ولأنه أخذ مال بمقابلة الماء وهو مهين لا قيمة له كالميتة والدم وفي المُغرِب عَسْبُ الفحلِ: ضِرابُهُ يقالُ: عسب الفحل الناقة يعسبها عسبا والمراد [عن كراء][4] العسب على حذف مضاف.

قوله: (وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين على الأجير)، حتى لو تعين بأن كان الإمام أو المفتي واحدًا لا يجوز الاستئجار بالإجماع، وبقوله قال مالك، وأحمد في رواية أبي الخطاب عنه، وأبو ثور، وأبو قلابة، ونص أحمد مثل قولنا.

وبقولنا قال عطاء، والضحاك، والزهري، والحسن، وابن سيرين، وطاوس، والنخعي، والشعبي.

للشافعي أنه عليه الصلاة والسلام زوج رجلًا بما معه من القرآن، متفق

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافي (٥/ ٤١٤)، وشرح مختصر خليل للخرشي (٥/ ٧٢).
انظر: الأم للشافعي (٣/ ٢٦٠)، والحاوي الكبير للماوردي (٥/ ٣٢٤).
انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ١٥٩)، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي (٣/ ٦٣٩).

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ٩٤ رقم ٢٢٨٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١١٩٧ رقم ١٥٦٥) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٤) في الأصل: (ذكرا) والمثبت من النسخة الثانية.

عَمَلٍ مَعْلُومٍ غَيْرِ مُتَعَيَّنٍ عَلَيْهِ فَيَجُوزُ. وَلَنَا: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «اقْرَؤُوا الْقُرْآنَ وَلَا تَأْكُلُوا بِهِ» وَفِي آخِرِ مَا عَهِدَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى عُثْمَانَ بْنِ أَبِي الْعَاصِ: «وَإِنْ اتُّخِذْتَ مُؤَذِّنًا فَلَا تَأْخُذْ عَلَى الأَذَانِ أَجْرًا» وَلِأَنَّ الْقُرْبَةَ مَتَى حَصَلَتْ وَقَعَتْ عَنْ الْعَامِلِ، وَلِهَذَا تُعْتَبَرُ أَهْلِيَّتُهُ فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَخْذُ الأَجْرِ مِن غَيْرِهِ كَمَا فِي الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، وَلِأَنَّ التَّعْلِيمَ مِمَّا لَا يَقْدِرُ الْمُعَلِّمُ عَلَيْهِ إِلَّا بِمَعْنًى مِن قِبَلِ الْمُتَعَلِّمِ، فَيَكُونُ مُلْتَزِمًا مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ فَلَا يَصِحُّ. وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا اسْتَحْسَنُوا الِاسْتِئْجَارَ عَلَى

عليه[(١)]، فإذا جاز تعليم القرآن عوضًا في باب النكاح فجاز أخذ الأجرة [٢/ ٣١٦/ أ] عليه في الإجارة، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «**أَحَقُّ ما أَخَذتُمْ علَيهِ أَجْرًا كتابُ اللَّهِ**»[(٢)]، حديث صحيح.

وثبت أن أبا سعيد رَقَى رجلًا بفاتحة الكتاب على جُعْلٍ فأخذ أصحابه الجُعْلَ، فأتوا به النبي ﷺ فقال عليه الصلاة والسلام: «**لَعَمْرِي لَمَنْ أكلَ بِرُقيَةٍ باطِلَةٍ، لقد أكَلْتَ برُقيةِ حَقٍّ، كُلوا واضْرِبوا لِي مَعَكُم بِسَهْم**»[(٣)]، فإذا جاز أخذ الجعل جاز أخذ الأجر عليه؛ كبناء المسجد، والقناطر إذ الحاجة تدعو إليه، فإنه قد يحتاج إلى الاستنابة في الحج عمن وجب عليه الحج وعجز عن فعله، ولا يكاد يوجد متبرع بذلك فيحتاج إلى بدل الأجر فيه.

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «**اِقْرَؤُوا القُرآنَ ولَا تَأكُلوا بِهِ**»[(٤)]، وحديث عثمان بن أبي العاص المذكور في المتن قال الترمذي: هذا حديث حسن[(٥)].

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٠٠ رقم ٢٣١٠)، ومسلم (٢/ ١٠٤٠ رقم ١٤٢٥) من حديث سهل بن سعد رضي الله عنه.

(٢) أخرجه البخاري (٧/ ١٣١ رقم ٥٧٣٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) أخرجه مسلم (٤/ ١٧٢٧ رقم ٢٢٠١) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(٤) سيأتي.

(٥) أخرجه أبو داود (١/ ١٤٦ رقم ٥٣١)، والترمذي (١/ ٢٨٥ رقم ٢٠٩)، والنسائي (٢/ ٢٣ رقم ٦٧٢)، وابن ماجه (١/ ٢٣٦ رقم ٧١٤)، وابن خزيمة (١/ ٢٢١ رقم ٤٢٣)، والحاكم (١/ ١٩٩ رقم ٧١٥) عن عثمان بن أبي العاص رضي الله عنه قال: إن من آخر ما عهد إليَّ رسول الله ﷺ: أن أَتَّخِذَ مؤذِّنًا لا يأخذ على أذانه أجرًا.

وحسنه الترمذي، وصححه الحاكم.

تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ الْيَوْمَ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ التَّوَانِي فِي الْأُمُورِ الدِّينِيَّةِ. فَفِي الِامْتِنَاعِ تَضْيِيعُ حِفْظِ الْقُرْآنِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى.

وروى الأثرم في سننه عن عبد الرحمن بن شبل الأنصاري قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**اِقرَؤُوا القُرآنَ ولا تُغْلُوا فيهِ، ولا تَجْفُوا عنهُ، ولا تأكلُوا بِهِ، ولا تَسْتَكثِروا بِهِ**»(١)، ولأن القربة متى حصلت وقعت عن الفاعل لغيره، ولهذا يعتبر أهلية الفاعل ونيته لا نية الآمر وأهليته كما في الزكاة، حتى لو كان المأمور كافرًا يصح أداء الزكاة منه عن المسلم، فكان الأجر على عمل نفسه لا للمستأجر فلا يجوز كما في الصلاة والصوم.

وأما حديث النكاح بالتعليم فليس فيه تصريح بأن التعليم صداق، إنما قال عليه الصلاة والسلام: «**زَوَّجْتُكَها بِما معكَ مِنَ القُرآنِ**»(٢)، فيحتمل أنه زوجها إياه بغير صداق إكرامًا له، كما زوج أبا طلحة أم سليم على إسلامه، أو تزوجها بسببه(٣)، ومع ذلك يجب مهر المثل فإن النكاح يصح بدون ذكر المهر.

ويجوز أن تكون الباء مكان اللام، أي: "لما معك من القرآن"؛ لأن ذلك سبب للاجتماع بينهما، ولعل المرأة وهبت مهرها له باعتبار ذلك.

وأما حديث أبي سعيد فإن الرقية نوع مداواة، والمأخوذ عليها جُعل، والمداواة يباح أخذ الأجر عليها، مع أن الجعالة أوسع من الإجارة، ولهذا تجوز الجعالة مع جهالة العمل، والمدة دون الإجارة، ومعنى قوله عليه الصلاة

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٤٢٨ رقم ١٥٥٦٨)، وأبو يعلى (٣/ ٨٨ رقم ١٥١٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢/ ١٧ رقم ٢٣٦٢) من حديث عبد الرحمن بن شبل الأنصاري رضي الله عنه.

قال الهيثمي: رجاله ثقات. مجمع الزوائد (٤/ ٩٥)، وقال ابن حجر: سنده قوي. فتح الباري (٩/ ١٠١).

(٢) تقدم تخريجه قريبًا.

(٣) أخرجه النسائي (٦/ ١١٤ رقم ٣٣٤١)، وابن حبان (١٦/ ١٥٥ رقم ٧١٨٧) من حديث أنس رضي الله عنه قال: خطب أبو طلحة أم سليم، فقالت: والله ما مثلك يا أبا طلحة يرد، ولكنك رجل كافر، وأنا امرأة مسلمة، ولا يحل لي أن أتزوجك، فإن تُسْلِمْ فذاك مهري وما أسألك غيره، فأسلم فكان ذلك مهرها.

قال ثابت: فما سمعت بامرأة قط كانت أكرم مهرًا من أم سليم الإسلام، فدخل بها فولدت له.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ الِاسْتِئْجَارُ عَلَى الغِنَاءِ وَالنَّوْحِ، وَكَذَا سَائِرُ المَلَاهِي)؛ لِأَنَّهُ

والسلام: «**أحقُّ ما أَخَذتُم عليهِ أجرًا كتابُ اللَّهِ**»[١]، يعني الجعالة في الرقية لأنه ذكر ذلك في سياق خبر الرقية.

وأما الرزق من بيت المال فيجوز على ما يتعدى نفعه من هذه الأمور؛ لأن بيت المال لمصالح المسلمين فجرى مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح، بخلاف الأجر.

وأما الاستنابة عن الحج فللآمر ثواب الإنفاق، وبه يسقط الفرض عنه كما ذكر في الأصول، فيكون لخدمته، أو لقطع مسافته، وعلى تقدير أن الأفعال تقع عن الآمر لا يكون إجارة على الحج بل هو إنفاق على النائب، فلا يكون إجارة.

قوله: (**وبعض مشايخنا**)[٢] إلى آخره، وهم أئمة بلخ؛ فإنهم اختاروا أقوال أهل المدينة وقالوا: إن المتقدمين منعوا ذلك لرغبة الناس في التعليم حسبة، ومروءة المتعلمين في مجازاة الإحسان بالإحسان بلا شرط، وفي زماننا قد زال المعنيان ففي الامتناع عنه تضييع حفظ القرآن، ولا يبعد أن يختلف الحكم باختلاف الأوقات.

ألا ترى أن النساء كن يحرصن إلى الجماعات في زمن النبي عليه الصلاة والسلام، وزمن أبي بكر حتى منعهن عمر عن ذلك، وكان ما رآه صوابًا، فيفتى بالجواز، وكذا يفتى بجواز الإجارة على تعليم الفقه لما ذكرنا إذا ضربوا لذلك مدة، حتى يجبر الأب على دفع الأجر إلى المعلم، وإن لم يضرب المدة يجب أجر المثل ويجبر على دفعه، وكذا يجبر على الحلوة المرسومة، وقال الإمام الخَيْزَاخَزِي[٣]: يجوز في زماننا للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجر، كذا في الروضة، والذخيرة.

قوله: (**وكذا سائر الملاهي**)؛ كالمزامير والطبل وغيرهما، وبه قالت الأئمة

---

(١) تقدم تخريجه قريبًا. (٢) انظر المتن ص ٢٧٢.

(٣) عبد الله بن الفضل الخَيْزَاخَزِي بفتح الخاء المعجمة، وسكون الياء تحتها نقطتان، وفتح الزاي، وسكون الألف، وفتح الخاء الثانية، وكسر الزاي الثانية، نسبة إلى قرية خيزاخز من قرى بخارى. الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/ ٧٢).

اسْتِئْجَارٌ عَلَى المَعْصِيَةِ وَالمَعْصِيَةُ لَا تُسْتَحَقُّ بِالعَقْدِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ إِجَارَةُ المُشَاعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا مِن الشَّرِيكِ، وَقَالَا: إِجَارَةُ

الثلاثة، وأبو ثور، وقال الشعبي، والنخعي: يكره ذلك ويجوز، أما الاستئجار لكاتب يكتب له غناءً ونحوحًا[1] يجوز عند أبي حنيفة خلافًا لصاحبيه وللأئمة الثلاثة، وعلى هذا الخلاف استئجار على حمل الخمر.

قوله: **(والمعصية لا تستحق بالعقد)**؛ إذ لا يستحق على أخذ شيء يكون به عاصيًا شرعًا لئلا تصير المعصية مضافة إلى الشرع، ولأن الآجر مع المستأجر يشتركان في منفعة ذلك فتكون الإجارة واقعة على عمل هو شريك، كذا في الذخيرة.

قوله: **[٢/٣١٦/ب] (ولا يجوز إجارة المشاع إلا من الشريك عند أبي حنيفة)**، وزفر، وأحمد فيما يقسم كالأرض، وفيما لا يقسم كالعبد، وعند أبي يوسف، ومحمد، والشافعي، ومالك: يجوز ويتهايئان، ويجبران على ذلك.

وصورته: أن يُؤَجِّر نصيبًا من داره، أو نصيبه من دار مشتركة بينه وبين غيره من غير الشريك، أو يُؤَجّر نصف عبد، أو نصف دابة من غير الشريك.

لهم: أن هذا عقد معاوضة فيجوز في الشائع كالبيع، وهذا لأن موجب الإجارة ملك المنفعة، وللجزء الشائع منفعة، ولهذا إذا سكن المستأجر فيها يجب أجر المثل على قول أبي حنيفة ولو كانت فائتة أصلًا لَمَا انعقد أصلًا؛ كالإجارة على منافع الرضيع، والتسليم ممكن بالتخلية، أو بالتهايؤ، فصار كما لو أجر من شريكه.

ولو كان الشيوع مانعًا جاز من شريكه؛ كالهبة، ولو أجار[2] من رجلين يجوز، وكل واحد من المستأجرين يملك منفعة النصف شائعًا، ولأنه لو أعار نصف داره شائعًا يجوز، وأثر الشيوع في منع التبرع أكبر من المنع من المعاوضة [وَ] أَوْلَى.

---

(١) كذا بالأصل، وفي النسخة الثانية: (ونحوًا).

(٢) كتب فوقها في الأصل بخط صغير: (كذا) ليدل على أنها هكذا في النسخة التي نقل منها وتحتاج إلى تأمل ونظر.

الْمُشَاعِ جَائِزَةٌ(*) وَصُورَتُهُ: أَنْ يُؤَاجِرَ نَصِيبًا مِن دَارِهِ، أَوْ نَصِيبَهُ مِن دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ مِن غَيْرِ الشَّرِيكِ. لَهُمَا: أَنَّ لِلْمُشَاعِ مَنْفَعَةً وَلِهَذَا يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ، وَالتَّسْلِيمُ مُمْكِنٌ بِالتَّخْلِيَةِ، أَوْ بِالتَّهَايُؤِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا آجَرَ مِن شَرِيكِهِ، أَوْ مِن رَجُلَيْنِ وَصَارَ كَالْبَيْعِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ. أَنَّهُ آجَرَ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ فَلَا يَجُوزُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ الْمُشَاعِ وَحْدَهُ لَا يُتَصَوَّرُ، وَالتَّخْلِيَةُ اعْتُبِرَتْ تَسْلِيمًا لِوُقُوعِهِ تَمْكِينًا وَهُوَ الْفِعْلُ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ التَّمَكُّنُ وَلَا تَمَكُّنَ فِي الْمُشَاعِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِحُصُولِ التَّمَكُّنِ فِيهِ، وَأَمَّا التَّهَايُؤُ فَإِنَّمَا

ولأبي حنيفة أنه آجر ما لا يقدر تسليمه؛ إذ تسليم المشاع وحده غير متصور، واستيفاء المنفعة في النصف شائعًا لا يتصور؛ لأن الانتفاع أمر حسي، والشائع لا يحتمله، والسكنى من الساكن لا تتصور في جزء شائع، وإنما يحل جزءًا عينًا، وكذا سائر الانتفاعات لا تتصور في الشائع.

وقوله: (**والتخلية**) إلى آخره جواب سؤال، وهو أن التخلية تكون تسليمًا في البيع فكذا في الإجارة، فقال: إنما اعتبرت التخلية تسليمًا في البيع (**لوقوعه**)، أي: لوقوع التخلية بتأويل رفع المانع.

(**تمكينًا**)، أي: من القبض، وهو الفعل الذي يحصل به التمكن من القبض، أي: من المشتري؛ كالبيع، والإعتاق، والانتفاع بالتهايؤ.

(**ولا تمكن في المشاع**)، أي: في إجارة المشاع؛ لأن القبض في الاستئجار للانتفاع حقيقةً وحسًّا، ولا يحصل في المشاع بالتخلية؛ لأن ذلك حكمي وليس بحقيقي، وحكم البيع ثبوت الملك وهو أمر شرعي فيجوز أن يقوم التخلي مقام القبض؛ لأن بناء الشراء ليس على الانتفاع الحقيقي، ولهذا يجوز بيع الجحش لتحقق حكم البيع فيه وهو الملك، ولا يجوز إجارته لعدم تحقق حكم الإجارة وهو الانتفاع الحقيقي، فلا يكون التخلي في باب الإجارة قبضًا، إليه أشار في الأسرار.

قوله: (**وأما التهايؤ**) إلى آخره جواب سؤال آخر بأن يقال: يمكن الانتفاع بالتهايؤ.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

يَسْتَحِقُّ حُكْمًا لِلْعَقْدِ بِوَاسِطَةِ المِلْكِ، وَحُكْمُ العَقْدِ يَعْقُبُهُ وَالقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ شَرْطُ العَقْدِ وَشَرْطُ الشَّيْءِ يَسْبِقُهُ، وَلَا يُعْتَبَرُ المُتَرَاخِي سَابِقًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا آجَرَ مِن شَرِيكِهِ، فَالكُلُّ يَحْدُثُ عَلَى مِلْكِهِ فَلَا شُيُوعَ، وَالِاخْتِلَافُ فِي النِّسْبَةِ لَا يَضُرُّهُ، عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ فِي رِوَايَةِ الحَسَنِ عَنْهُ، وَبِخِلَافِ الشُّيُوعِ الطَّارِئِ؛ ....

فأجاب عنه فقال: التهايؤ إنما يستحق حكمًا لملك المنفعة، وملك المنفعة حكم عقد الإجارة، وكونه مقدور التسليم شرط العقد، فينبغي أن يكون سابقًا على العقد، أو حالة العقد فلا يمكن أن يجعل المتأخر سابقًا؛ لأنه قلب الحكم شرطًا، وذا لا يجوز.

قوله: (والاختلاف في النسبة لا يضره)، يعني كل المنفعة تحدث على ملك الشريك فلا يظهر معنى الشيوع، وإنما يظهر الاختلاف في حق السبب، فالبعض يحدث بحكم الملك، والبعض بحكم الإجارة، ولا عبرة لاختلاف الأسباب مع اتحاد الحكم.

وإذا لم يظهر الشيوع صح العقد، على أنه لا يصح في رواية الحسن عن أبي حنيفة؛ لأن استيفاء المنفعة التي تناولها عقد الإجارة لا يتأتى إلا بغيرها وهو منفعة نصيبه، وذلك مفسد للإجارة؛ كمن استأجر أحد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب فإنه لا يجوز.

وجه ظاهر الرواية أن استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد يتأتى هاهنا كما ذكرنا، بخلاف الإجارة من غيره فهناك يتقدر الاستيفاء لما ذكرنا وهذا نظير بيع الآبق عمن في يده يجوز لكون التسليم مقدورا عليه ومن غيره لا يجوز للعجز عن التسليم.

قوله: (وبخلاف الشيوع الطارئ) بأن مات أحد المستأجرين فإن العقد يبقى في الحَيِّ شائعًا في ظاهر الرواية، وذكر الطحاوي عن خالد بن صبيح، عن أبي حنيفة: أنه يفسد في حق الحي؛ لأن الإجارة تجدد انعقادها بحسب حدوث المنفعة، فكان هذا في معنى الشيوع المقترن بالعقد.

وجه الظاهر أن تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه، فأما أصل العقد فمنعقد لازم في الحال، والشيوع طارئ، والشيوع الطارئ ليس كالمقارن؛ كما

لِأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِلْبَقَاءِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا آجَرَ مِن رَجُلَيْنِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ يَقَعُ جُمْلَةً ثُمَّ الشُّيُوعُ بِتَفَرُّقِ المِلْكِ فِيمَا بَيْنَهُمَا طَارِئٌ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الظِّئْرِ بِأُجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وَلِأَنَّ التَّعَامُلَ بِهِ كَانَ جَارِيًا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَقَبْلَهُ

في الهبة بأن وهب جميع الدار وسلمها، ثم رجع في نصفها، كذا في الأسرار، والمبسوط(١).

وذكر في الأسرار: كلام أبي حنيفة أدق، وكلامهما أظهر؛ لأن أصل المنفعة قائمة في الشيوع.

وفي المغني: الفتوى على قولهما في إجارة المشاع، ولو أراد حيلة ليجوز على قول [٢/ ٣١٧/ أ] الكل يرفع العقد إلى القاضي يحكم به، ولو تعذر المرافعة يُعقَدُ العقد في الكل، ثم يفسخان العقد في بعضه بقدر ما يتفق عليه العاقدان؛ لأن الشيوع الطارئ لا يمنع الجواز بالاتفاق على ظاهر الرواية.

قوله: (**لأن التسليم يقع جملة**) إذ العقد أضيف إلى كل الدار ولا شيوع فيه، وإنما الشيوع يظهر بتفرق الملك.

وقوله: (**بتفرق الملك**) بالباء الجارة فيما بينهما، وهي طارئ.

وفي المبسوط: ثم المهايأة بعد ذلك تكون بين المستأجرين بحكم ملكهما، وهو نظير الرهن من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه(٢).

وإنما وجب أجر المثل إذا سكن لأن الفساد للعجز عن التسليم لا يمنع الانعقاد على الفساد، كما لو باع آبقًا بألف فالعقد ينعقد على الفساد، حتى لو قبض الألف ملكها بحكم العقد الفاسد، ولو استأجر طريقًا ليمر فيه ولم يبين موضعه لم يجز عند أبي حنيفة خلافًا لهما، وهو فرع اختلافهم في إجارة المشاع.

قوله: (**قوله تعالى**: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ﴾ **[الطلاق:٦]**) والمراد بعد الطلاق، وبُعث النبي عليه الصلاة والسلام والناس يتعاطونه فأقرَّهم عليه، واجتمعت

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٤٦).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٤٦).

وَأَقَرَّهُمْ عَلَيْهِ. ثُمَّ قِيلَ: إنَّ العَقْدَ يَقَعُ عَلَى المَنَافِعِ وَهِيَ خِدْمَتُهَا لِلصَّبِيِّ وَالقِيَامُ بِهِ وَاللَّبَنُ يُسْتَحَقُّ عَلَى طَرِيقِ التَّبَعِ بِمَنْزِلَةِ الصَّبْغِ فِي الثَّوْبِ. وَقِيلَ: إنَّ العَقْدَ يَقَعُ عَلَى اللَّبَنِ، وَالخِدْمَةُ تَابِعَةٌ، وَلِهَذَا لَوْ أَرْضَعَتْهُ بِلَبَنِ شَاةٍ لَا تَسْتَحِقُّ الأَجْرَ.

وَالأَوَّلُ أَقْرَبُ إلَى الفِقْهِ؛ ....

الأمة على جوازها بأجرة معلومة، ولأن الحاجة ماسَّة إليه إذ الصغير لا يتربى إلا بلبن الآدمية، والأم قد تعجز عن الإرضاع لمرض، أو موت، أو حَبَلٍ فلا يحصل المقصود إلا بالاستئجار.

(ثم قيل) المعقود عليه المنفعة، وهو القيام بخدمة الولد وما يحتاج إليه، (واللبن يستحق على طريق التبع) وهو اختيار صاحب الذخيرة، والإيضاح، والهداية، وبعض أصحاب أحمد، والشافعي.

(وقيل: إن العقد يقع على اللبن)، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي فإنه ذكر في المبسوط: والأصح أن العقد يرد على اللبن لأنه المقصود، وما سواه من القيام بمصالح الولد يحتاج إليه في الإرضاع تبع له، هكذا ذكر ابن سماعة عن محمد فإنه قال: استحقاق لبن الآدمي بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة، وقد ذكر بعد هذا في الكتاب: ولو أرضعته بلبن الشاة فلا أجر لها، وهذا يدل أيضًا أن اللبن غير تابع بل معقود عليه[(١)].

قال صاحب النهاية: عجبت لمن تبع غيره مع الدليل الواضح معه، والرواية المنصوصة عن محمد مثله.

وقال القاضي الحنبلي: وهو الأشبه؛ لأن المقصود هو اللبن دون الخدمة ولهذا لو أرضعته بلا خدمة تستحق الأجر، ولأنه تعالى قال: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَئَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] فجعل الأجر مرتبًا على الإرضاع، كذا في المغني لابن قدامة الحنبلي[(٢)]، وبه قال بعض الشافعية.

قوله: (والأول)، وهو أن العقد يقع على المنافع (أقرب إلى الفقه).

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١١٩). (٢) المغني (٥/ ٣٦٨).

لِأَنَّ عَقْدَ الإِجَارَةِ لَا يَنْعَقِدُ عَلَى إِتْلَافِ الأَعْيَانِ مَقْصُودًا، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ بَقَرَةً؛ لِيَشْرَبَ لَبَنَهَا. وَسَنُبَيِّنُ العُذْرَ عَنْ الإِرْضَاعِ بِلَبَنِ الشَّاةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَإِذَا ثَبَتَ مَا ذَكَرْنَا يَصِحُّ إِذَا كَانَتْ الأُجْرَةُ مَعْلُومَةً اعْتِبَارًا بِالِاسْتِئْجَارِ عَلَى الخِدْمَةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا اسْتِحْسَانًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَجُوزُ)[*]؛ لِأَنَّ الأُجْرَةَ مَجْهُولَةٌ، فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا لِلْخَبْزِ وَالطَّبْخِ. وَلَهُ: أَنَّ الجَهَالَةَ لَا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ؛ لِأَنَّ فِي العَادَةِ التَّوْسِعَةَ عَلَى الأَظْآرِ شَفَقَةٌ عَلَى الأَوْلَادِ فَصَارَ كَبَيْعِ قَفِيزٍ مِن صُبْرَةٍ، بِخِلَافِ الخَبْزِ وَالطَّبْخِ؛ لِأَنَّ الجَهَالَةَ فِيهِ تُفْضِي

وفي الكافي: وهو الصحيح؛ لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان قصدًا، كما لو استأجر بقرة أو شاة مدة معلومة ليشرب لبنها.

وفي المغني: وإنما جاز هذا في الآدميين دون سائر الحيوانات للضرورة إلى حفظ الآدمي، والحاجة إلى إبقائه[١].

قوله: (استحسانًا عند أبي حنيفة)، وبه قال مالك، وأحمد، وعند مالك، وأحمد يجوز - في رواية - في كل أجير بطعامه وكسوته، ويكون له ما يكون لمثله من الوسط.

(وقالا)، أي: أبو يوسف ومحمد: **(لا يجوز)**، وبه قال الشافعي[٢] لجهالة الأجرة، إذ الطعام مجهول الجنس والقدر والصفة، وكذا الكسوة، فصار كما لو استأجرها بطعامها وكسوتها للخبز والطبخ، وهذا لا يلزم على مالك وأحمد لما أنه يجوز عندهما.

(وله)، أي: ولأبي حنيفة الجهالة إنما تفسد العقود لما أنها تفضي إلى المنازعة لا لعينها، وهذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن العادة التوسعة على الأظآر والجري على موجب مرادهن؛ لأن منفعة ذلك يرجع إلى الولد،

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المغني لابن قدامة (٥/ ٣٦٨).

(٢) انظر: المجموع للنووي (١٥/ ٢٩).

إِلَى الْمُنَازَعَةِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: فَإِنْ سَمَّى الطَّعَامَ دَرَاهِمَ وَوَصَفَ جِنْسَ الكِسْوَةِ وَأَجَلَهَا وَذَرْعَهَا: فَهُوَ جَائِزٌ) يَعْنِي بِالإِجْمَاعِ.

وَمَعْنَى تَسْمِيَةِ الطَّعَامِ دَرَاهِمَ: أَنْ يَجْعَلَ الأُجْرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ يَدْفَعُ الطَّعَامَ مَكَانَهُ، وَهَذَا لَا جَهَالَةَ فِيهِ (وَلَوْ سَمَّى الطَّعَامَ وَبَيَّنَ قَدْرَهُ جَازَ أَيْضًا) لِمَا قُلْنَا، (وَلَا يُشْتَرَطُ تَأْجِيلُهُ)؛ لِأَنَّ أَوْصَافَهَا أَثْمَانٌ. (وَيُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الإِيفَاءِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي البُيُوعِ (وَفِي الكِسْوَةِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ الأَجَلِ أَيْضًا مَعَ بَيَانِ القَدْرِ

بخلاف الخبز، والطبخ، والطحن وغير ذلك؛ لأن الجهالة ثمة تفضي إلى المنازعة لجريان العادة بالمنافسة، والاستقصاء فيها.

قوله: (ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل) إلى آخره، قيل: هذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من لفظ الجامع، ولكن يحتمل أن يكون معناه: أي سمى الدراهم المقدرة بمقابلة الطعام بأن قال: عشرة بمقابلة الطعام، وبعده أعطاها طعامًا بإزاء العشرة، فإنه ذكر في جامع فخر الإسلام: وإذا سمى الطعام دراهم فإنما معناه بأن يجعل الدراهم بدلًا فلا شك في جوازه، ثم يستبدل به طعامًا فيصح.

وقوله: (لما قلنا) إشارة إلى قوله (لا جهالة فيه).

قوله: (لأن أوصافها)، أي: أوصاف الطعام على تأويل الحنطة (أثمان)، أي: المكيل [٢/ ٣١٧/ ب] والموزون إذا كان موصوفًا غير مشار ثمن بدليل ثبوته في الذمة، فلا يشترط بيان الأجل كما في سائر الأثمان، وهذا احتراز عن الطعام إذا كان مسلمًا فيه فإن الطعام فيه مبيع مع كونه دينًا فاشترط تأجيله، ولكن بشرط بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة إن كان له حمل ومؤنة خلافًا لهما، وقد مر في البيوع.

قوله: (وفي الكسوة)، يعني إذا استأجرها بثياب يشترط فيه جميع شرائط السلم من بيان الأجل، وبيان القدر والجنس؛ لأن وجوب الثياب دينًا في الذمة عرف شرعًا بخلاف القياس فيقتصر على مورده، والشرع ورد بطريق السلم فيشترط جميع شرائط السلم.

وَالجِنْسِ)؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ إِذَا صَارَ مَبِيعًا، وَإِنَّمَا يَصِيرُ مَبِيعًا عِنْدَ الأَجَلِ كَمَا فِي السَّلَمِ.

قَالَ (وَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْنَعَ زَوْجَهَا مِن وَطْئِهَا)؛ لِأَنَّ الوَطْءَ حَقُّ الزَّوْجِ فَلَا يَتَمَكَّنُ مِن إِبْطَالِ حَقِّهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الإِجَارَةَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ صِيَانَةً لِحَقِّهِ،

قوله: (**ليس للمستأجر أن يمنع زوجها**)، وبه قال الشافعي، وأحمد، وقال مالك: ليس له وطؤها إلا برضى المستأجر لأنه ينقص اللبن وقد يقطعه بالحبل.

وقلنا: الولي مستحق له قبل العقد بعقد النكاح وعقد النكاح باق فيبقى ما كان حقًّا له ولا يسقط لأمر مشكوك.

قوله: (**إذا لم يعلم به**)، أي: بعقد الإجارة.

وفي المبسوط: أجرت نفسها للإرضاع بغير إذن الزوج، وللزوج أن يفسخ الإجارة، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وعند الشافعي في وجه: لا يصح العقد بغير رضاه، وبه قال أحمد.

ولو زوج بعد عقد الإجارة له الفسخ بالإجماع.

وقيل: إن كان الزوج ممن يشينه أن تكون امرأته ظئرًا فله الفسخ لدفع الضرر عن نفسه، وإلا لا يكون له الفسخ، والأصح أن له فسخ ذلك في الوجهين؛ لأنها إن كانت مرضعة في بيت أبويه فللزوج منعها عن الخروج عن منزله، ولأنها في الإرضاع والسهر بالليل تتعب، وذلك ينقص من جمالها، وجمالها حق الزوج، وكان له أن يمنعها من الإضرار به، ففي حقه أولى، كما يمنعها من التطوعات(١).

وهذا إذا كان زوجها معروفًا فلو كان مجهولًا لا يعرف أنها امرأته إلا بقولها فليس له الفسخ؛ لأن العقد قد لزمها وقولها غير مقبول في حق المستأجر، ولأنه يمكن تهمة المواضعة مع هذا الرجل وهو نظير المنكوحة إذا كانت مجهولة الحال فأقرت بالرق على نفسها لا تصدق في إبطال النكاح.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٢٠).

إِلَّا أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ يَمْنَعُهُ عَنْ غِشْيَانِهَا فِي مَنْزِلِهِ؛ لِأَنَّ الْمَنْزِلَ حَقُّهُ (فَإِنْ حَبِلَتْ كَانَ لَهُمْ

قوله: (كان لهم)[١]، أي: لأولياء الصبي أن يفسخوا، وكذا إذا مرضت أيضًا لهم أن يفسخوا الإجارة، فالحاصل أن العقد لازم من الجانبين، إلا أن الإجارة تفسخ بالعذر عندنا.

ثم من العذر لهم أن لا يأخذ الصبي من لبنها، وكذا إذا كانت سارقة فيخافون على متاعهم، وكذا إذا تقيأ الصبي لبنها، وكذا إذا كانت فاجرة بيّنًا فجورها لأنها تشتغل بالفجور، وتنتقص من قيامها بمصالح الصبي.

وهذا بخلاف ما لو كانت كافرة حيث لا يكون عذرًا في الفسخ؛ لأن كفرها في اعتقادها، ولا يضر ذلك بالصبي، ولا يبعد أن يقال: عيب الفجور في هذا فوق عيب الكفر؛ لما أن في بعض نساء الرسل كانت كافرة؛ كامرأة نوح، وامرأة لوط، وما بغت امرأة نبي قط، هكذا قاله النبي عليه الصلاة والسلام[٢]، وكذا لو أرادوا السفر فتأبى الخروج معهم فهو عذر.

وأما عذرها فمرض يصيبها لا تستطيع معه الإرضاع، وكذا إن لم تكن معروفة بالظؤورة فلها أن تفسخ؛ لأنها ربما لا تعرف عند ابتداء ما تبتلى به من المقاساة والسهر، فإذا جربت ذلك تضررت، وكذا إذا لم يكفوا عن إيذائها بألسنتهم كان لها الفسخ، كذا في المبسوط[٣].

ولو استأجر امرأته ليرضع ولده منها لا يجب الأجر، وبه قال الشافعي، والقاضي الحنبلي، وقال مالك وأحمد: يجوز؛ لأن كل عقد يصح أن يعقد مع غيره يصح أن يعقده مع زوجه كالبيع، ولأن منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج، ولهذا لا يملك إجبارها على الإرضاع والحضانة فيجوز أخذ العوض عنها منه، كما يجوز من غيره.

---

(١) انظر المتن ص ٢٨٤.

(٢) أخرجه الحاكم (٢/ ٤٩٦ رقم ٣٨٣٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى: ﴿فَخَانَتَاهُمَا﴾ قال: مَا زَنَتَا، أمّا امرأةُ نوحٍ فكانت تقول للناس: إنه مجنون، وأمّا امرأةُ لوطٍ فكانت تدل على الضيف، فذلك خيانَتُهُما. موقوفًا.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٣) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٢٢).

أَنْ يَفْسَخُوا الإِجَارَةَ إِذَا خَافُوا عَلَى الصَّبِيِّ مِن لَبَنِهَا)؛ لِأَنَّ لَبَنَ الحَامِلِ يُفْسِدُ الصَّبِيَّ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُمْ الفَسْخُ إِذَا مَرِضَتْ أَيْضًا (وَعَلَيْهَا أَنْ تُصْلِحَ طَعَامَ الصَّبِيِّ)؛

وقلنا: إن ذلك مستحق عليها ديانةً، قال تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٣]، وإن كانت لا تجبر على ذلك فلا تستوجب الأجر، كما لو استأجرها لكنس البيت، أو الطبخ، أو الغسل وغير ذلك، كذا في المبسوط[١].

وحكي عن الشافعي أنه قال: استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض، فلا يجوز أن يلزمه عوض آخر، كذلك ورد بأن الاستمتاع بها في غير الحضانة، واستحقاق منفعة من وجه لا يمنع استحقاقها سواها بعوض آخر، كما لو استأجرها أولًا ثم تزوجها.

وفي المبسوط: ولو استأجرها لإرضاع ولدها منه بمال الولد وللولد مال صح في رواية [٢/ ٣١٨/أ] ابن رستم عن محمد، ويكون لها الأجر في مال الولد[٢].

وبعض المشايخ أخذوا بهذه الرواية؛ لأن الإرضاع بمنزلة النفقة، ونفقة الصغير تجب في ماله إذا كان له مال.

ولو استأجرها لإرضاع ولده من غيرها بغير خلاف وكان لها الأجر؛ لأن ذلك غير مستحق عليها ديانة، ولو استأجر خادمها ليرضع ولده منها لا يجب الأجر، ولو استأجر مكاتبتها جاز، ولو أرضعت خادمة الظئر الصبي فلها الأجر؛ لأنه لم يشترط الإرضاع بثديها، وهذا كمن استأجر قصّارًا أو خيّاطًا ولم يشترط العمل بنفسه فعمل بغيره يستحق الأجر، كذا هذا، بخلاف ما لو شرط الإرضاع بنفسها، كذا في الذخيرة، وفتاوى قاضي خان[٣].

وقال أحمد وأبو ثور: لا أجر لها؛ لأنها لم ترضعه، فصار كما لو سقته لبن الغنم، ويجوز استئجار أمه، وأخته، وابنته لرضاع ولده، وكذا سائر أقاربه بلا خلاف.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٢٨).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٢٨).
(٣) انظر: فتاوى قاضي خان (٢/ ١٦٦).

لِأَنَّ العَمَلَ عَلَيْهَا. وَالحَاصِلُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِيمَا لَا نَصَّ عَلَيْهِ العُرْفُ فِي مِثْلِ هَذَا البَابِ، فَمَا جَرَى بِهِ العُرْفُ مِن غَسْلِ ثِيَابِ الصَّبِيِّ وَإِصْلَاحِ الطَّعَامِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، فَهُوَ عَلَى الظِّئْرِ أَمَّا الطَّعَامُ فَعَلَى وَالِدِ الوَلَدِ، وَمَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ: أَنَّ الدُّهْنَ وَالرَّيْحَانَ عَلَى الظِّئْرِ فَذَلِكَ مِن عَادَةِ أَهْلِ الكُوفَةِ.

(وَإِنْ أَرْضَعَتْهُ فِي المُدَّةِ بِلَبَنِ شَاةٍ: فَلَا أَجْرَ لَهَا)؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَأْتِ بِعَمَلٍ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهَا، وَهُوَ الإِرْضَاعُ، فَإِنَّ هَذَا إِيجَارٌ وَلَيْسَ بِإِرْضَاعٍ، وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبْ الأَجْرُ ....

قوله: (يعتبر فيما لا نص عليه العرف)، يعني الأصل أن الإجارة إذا وقعت على عمل فما كان من توابع ذلك العمل ولم يشترط في الإجارة على الأجير فالمرجع فيه العرف، فكل عمل راجع إلى منفعة الصبي على الظئر؛ كالحضانة، وغسل ثيابه، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وعن الشافعي في وجه: لا يلزمها.

قوله: (ولو أرضعته بلبن الشاة لا أجر لها)، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها)، وهو الإرضاع، يعني لا باعتبار أن المعقود عليه اللبن وهو العين بدليل أن الصبي لو أوجر بلبن الظئر في المدة لا تستحق الأجر، فعلم أن المستحق هو الإرضاع والعمل دون العين، كذا في الأوضح.

وهذا هو العذر الموعود قبله بقوله: (وسنبين عن الإرضاع) إلى آخره[١].

قال شيخي صاحب النهاية رحمه الله: يجوز أن يكون هذا الحكم غير مُسَلَّمٍ عند شمس الأئمة.

فإن قيل: ذكر في المبسوط: لو ضاع الصبي في يدها، أو وقع فمات، أو سرق من حلي الصبي، أو من متاعه وثيابه في يدها لم تضمن الظئر؛ لأنها بمنزلة الأجير الخاص لورود العقد على منافعها في المدة، بخلاف الأجير المشترك على قول من يضمنه[٢].

وذكر في الذخيرة: لو آجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيًّا لهم

---

(١) تقدم قوله: (وَسَنُبَيِّنُ الْعُذْرَ عَنِ الْإِرْضَاعِ بِلَبَنِ الشَّاةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٢١).

لِهَذَا الْمَعْنَى أَنَّهُ اخْتَلَفَ الْعَمَلُ.

ولا يعلم بذلك أهلها الأولون حتى يفسخوها، فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أثمت، وهذه جناية منها، ولها الأجر كاملًا على الفريقين.

وهذه تدل على أنها الأجير المشترك، وإلا لما وجب الأجر كاملًا، ولو وجب الأجر كما ينبغي أن لا تأثم.

قلنا: الوجه أن الأجير الوحد في الرضاع يشبه الأجير المشترك من حيث إنه يمكنه إيفاء العمل لكل واحد منهما كما في الخياط، ثم لو كانت أجير وحد حقيقة لم تستحق الأجر كاملًا، فلشبهها بالأجير المشترك تستحق الأجر كاملًا، ولشبهها بالأجير الوحد تأثم، كذا قرره شيخي صاحب النهاية.

وقوله: (**لأنه اختلف العمل**)، بدل من قوله: (**لهذا المعنى**)، أي: إنما لم يجب الأجر لاختلاف المعنى.

الوجور: الدواء[(١)] الذي يصب في وسط الفم، يقال: أوجرته، ووجرته.

ولو استأجر رجلًا ليقتل قاتل وليه قصاصًا لم يجز عندهما، وعند محمد يجوز، وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد، وأبو ثور؛ لأنه عمل معلوم فصار كذبح الشاة، أو كاستيفاء القصاص في الطرف.

ولهما أنه لا تعارف فيه، وجواز الإجارة بالتعارف، ذكره في الكافي.

وفي المغني لابن قدامة: أبو حنيفة لا يجوز الإجارة لاستيفاء القصاص في النفس لأن عدد الضربات يختلف، وموضع [الضربات][(٢)] غير متعين؛ إذ يمكن أن يضرب مما يلي الرأس، ومما يلي الكتف فكان مجهولًا[(٣)].

ويجيب عنه ويبطل قوله بخياطة الثوب فإن عدد الغرزات مجهول.

وقوله: ومحله غير متعين أنه متقارب فلا يمنع صحته؛ كموضع الخياطة من الحاشية، هكذا ذكره، لكن هذا الذي قاله ما نقل عنه، بل المنقول ما قلنا.

---

(١) في الأصل: (الداء)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) المغني لابن قدامة (٥/ ٣٤٤).

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى حَائِكٍ غَزْلًا لِيَنْسِجَهُ بِالنِّصْفِ: فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ. وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ حِمَارًا يَحْمِلُ عليه طَعَامًا بِقَفِيزٍ مِنهُ: فَالإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ)؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الأَجْرَ بَعْضَ مَا يَخْرُجُ مِن عَمَلِهِ فَيَصِيرُ فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْهُ، وَهُوَ: أَنْ يَسْتَأْجِرَ ثَوْرًا لِيَطْحَنَ لَهُ حِنْطَةً بِقَفِيزٍ مِن دَقِيقِهِ.

قوله: (ومن دفع إلى حائك) إلى **قوله**: (من دقيقه)، أي من دقيق الحنطة على تأويل البر، وفي بعض النسخ: (دقيقها).

(وكذا لو استأجر رجلًا[١] **ليحمل طعامًا بقفيز منه**)، أي: من الطعام المحمول فالإجارة فاسدة، ذكره التمرتاشي، ولا يعلم فيه خلاف.

وفي المبسوط: حكى الحلواني عن أستاذه أبي علي النسفي أنه كان يفتي بجواز دفع الثوب إلى الحائك لينسجه بالنصف في دياره بنسف؛ لأن [٢/ ٣١٨/ ب] فيه عرفًا ظاهرًا، وكذا مشايخ بلخ يفتون بجواز هذه الإجارة في الثياب للتعامل والقياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع[٢].

قال رحمه الله: والأصح عندي أن ما ذكره في الكتاب أصح؛ لأن هذا في معنى قفيز الطحان من كل وجه فيكون الحكم فيه ثابتًا بالنص لا بالقياس ومشايخ [الضربات][٣] يقولون: يجوز تخصيص النص بالتعامل؛ كما خصصنا الاستصناع عن النهي الذي ورد عن بيع ما ليس عند الإنسان لا تركًا للنص أصلًا؛ لأنا عملنا بالنص في غير موضع الاستصناع، فكذلك خصصنا الثياب عن النهي عن قفيز الطحان، حتى لو تعامل أهل بلدة قفيز الطحان لا يجوز.

ولكن مشايخنا لم يجوزوا هذا التخصيص لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة، وبتعامل أهل بلدة واحدة لا يخص الأثر؛ لأن تعامل أهل بلدة واحدة يجوزه، وترك تعامل أهل بلدة أخرى لا يجوز فلا يثبت التخصيص بالشك، بخلاف الاستصناع فإنه وجد التعامل فيه في كل البلاد، كذا في جامع شمس الأئمة، والذخيرة[٤].

---

(١) كذا في الأصول الخطية، وتقدم في المتن: (وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ حِمَارًا يَحْمِلُ طَعَامًا بِقَفِيزٍ مِنْهُ).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٥/ ٩٠).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) انظر: الذخيرة البرهانية (١١/ ٥١٠).

وَهَذَا أَصْلٌ كَبِيرٌ يُعْرَفُ بِهِ فَسَادُ كَثِيرٍ مِن الإِجَارَاتِ، لَا سِيَّمَا فِي دِيَارِنَا، وَالمَعْنَى فِيهِ: أَنَّ المُسْتَأْجِرَ عَاجِزٌ عَنْ تَسْلِيمِ الأَجْرِ، وَهُوَ بَعْضُ المَنْسُوجِ أَوْ المَحْمُولِ. إِذْ حُصُولُهُ بِفِعْلِ الأَجِيرِ فَلَا يُعَدُّ هُوَ قَادِرًا بِقُدْرَةِ غَيْرِهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْمِلَ نِصْفَ طَعَامِهِ بِالنِّصْفِ الآخَرِ، ....

والحيلة في ذلك أن يشترط صاحب الحنطة قفيزًا من الدقيق الجيد، ولم يقل من هذه الحنطة؛ لأن الدقيق إذا لم يكن مضافًا إلى حنطة بعينها يجب في الذمة، ثم إذا جاز يعطيه دقيق هذه الحنطة إن شاء.

قوله: (والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر)؛ لأن المسمى غير مقدور التسليم عند العقد، إذ هو بعض المنسوج أو المحمول، وليس له حكم الوجود لأنه غير واجب في الذمة فكان معدومًا فيعجز عن تسليمه، وإنما يصير مقدور التسليم بفعل الغير فلا يعد قادرًا قبل حصوله.

وفي مبسوط صدر الإسلام وجامعه: ومعنى النهي في قفيز الطحان ونظائره أنه جعل شرط صحة العقد بناءً على حكم العقد؛ لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بعد العمل، وشرط العقد لا يجوز أن يكون حكم العقد لأنه خلاف وضع الشرع؛ إذ الشرط يسبقه، والحكم يعقبه.

وفي الذخيرة، والمبسوط: أن الدقيق معدوم في الحال، وليس له حكم الوجود؛ لأنه غير واجب في الذمة؛ لأنه إنما يجب في الذمة ما له وجود في العالم، والبدل في المعاملات يجب أن يكون موجودًا حقيقة كالعين، أو حكمًا كالثمن، ويجب أجر المثل إذا سلم المعقود عليه؛ لأن العامل لم يصر شريكا في العين؛ لأنه إنما شُرط له قفيز محمول، وليس بمحمول في ابتداء التسليم.

(بخلاف ما لو استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر) إلى آخر ما ذكر في الكتاب.

وهاهنا [مسألتان][(١)] أحدهما: ما إذا استأجر رجلًا ليحمل له كُرَّ حنطة إلى بغداد مثلًا بنصفه كانت الإجارة فاسدة، وله أجر مثله إن بلغ بغداد، لا يجاوز قيمته نصف الكُرِّ عندنا.

---

(١) في الأصول الخطية (مسألتين)، وليس لها وجه.

حَيْثُ لَا يَجِبُ لَهُ الأَجْرُ؛ لِأَنَّ المُسْتَأجِرَ مَلَكَ الأَجِيرَ فِي الحَالِ بِالتَّعْجِيلِ فَصَارَ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا.

وَمَنْ اسْتَأجَرَ رَجُلًا لِحَمْلِ طَعَامٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا لَا يَجِبُ الأَجْرُ: لِأَنَّ مَا مِن جُزْءٍ يَحْمِلُهُ إِلَّا وَهُوَ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ فِيهِ، فَلَا يَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُ المَعْقُودِ عَلَيْهِ. قَالَ: (وَلَا يُجَاوِزُ بِالأَجْرِ قَفِيزًا)؛ ....

والثانية: أن يستأجره ليحمل إلى المكان المعين بنصفه ودفع إليه كله، ولا أجر له هاهنا وهي مسألة الكتاب، وهي من مسائل إجارات جامع الكبير، وذلك لأنه إذا دفع إليه كله ملَّكه نصفه بالتعجيل فصار طعامًا مشتركًا، ولو عقد العقد على حمل طعام مشترك بينهما كان باطلًا، فكذا هاهنا، وإذ بطلت الإجارة لم يجب الأجر، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن الحنطة صارت محمولة بعمل الأجير؛ كالدقيق يوجد بعمل الأجير، فكان في معنى قفيز الطحان فيكون فاسدًا، فيجب أجر المثل، كذا في الجامع الكبير للسرخسي، وصدر الدين الحميدي[١].

وفي الفوائد: والحاصل أن العقد إن صادفت محلًّا غير مشترك ابتداءً وانتهاءً ينعقد جائزًا، وإن صادفت محلًّا مشتركًا ابتداءً وانتهاءً لا ينعقد أصلًا، وإن صادفت محلًّا غير مشترك ابتداءً، ومشترك انتهاءً ينعقد فاسدًا، وفي الفاسد يجب أجر المثل، ففي المسألة الأولى ينعقد فاسدًا لأن المحل غير مشترك ابتداءً، وفي الثانية لا ينعقد أصلًا لأنه مشترك ابتداءً وانتهاءً.

وفي الفوائد الظهيرية: والحاصل أنه متى قال: استأجرتك لتحمل هذا الكر بنصفه لا يصير شريكًا، ومتى قال: لتحمل نصف هذا الكر بنصفه الباقي يكون شريكًا.

قوله: (ولا يجاوز بالأجر)، أي: أجر المثل (قفيزًا) عندنا، خلافًا لزفر والأئمة الثلاثة، كما في سائر الإجارات الفاسدة، وقد بيناه.

وقوله: (قفيزًا) بالنصب فنصبه على قول من يُجَوِّز إسناد الفعل إلى الجار

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/ ٣٥).

لِأَنَّهُ لَمَّا فَسَدَتْ الإِجَارَةُ فَالوَاجِبُ الأَقَلُّ مَا سَمَّى وَمِن أَجْرِ المِثْلِ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِحَطِّ الزِّيَادَةِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَكَا فِي الِاحْتِطَابِ، حَيْثُ يَجِبُ الأَجْرُ بَالِغًا مَا بَلَغَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ المُسَمَّى هُنَاكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَلَمْ يَصِحَّ الحَطُّ.

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَخْبِزَ لَهُ هَذِهِ العَشَرَةَ المَخَاتِيمَ مِن الدَّقِيقِ اليَوْمَ

والمجرور مع وجود المفعول [٢/ ٣١٩/ أ] بدون الجار وهو ضعيف.

(لأنه)، أي: العامل (**رضي بحط الزيادة**)، أي: الزيادة على أحدهما من المسمى ومن أجر المثل، أما رضاه بالمسمى بعقده عليه، وأما رضاه بأجر المثل فإقدامه على الإجارة الفاسدة.

قوله: (**فيجب الأجر بالغًا ما بلغ**) هذا إذا احتطب أحدهما وجمع الآخر فيجب أجر المثل لمن جمع بالغًا ما بلغ عند محمد؛ لأن المسمى غير معلوم فلا يصح الحط.

وعند أبي يوسف: لا يجاوز بأجره نصف ثمن ذلك؛ لأنه قد رضي بنصف المسمى حيث اشتركا، كما لو استأجر لحمل الحنطة بقفيز منها، وقد مرت المسألة في الشركة.

قوله: (**عشرة مخاتيم**)، هو جمع مختوم، وهو الصاع، ويشهد عليه حديث الخدري: «**الوَسْقُ سِتُّونَ مَخْتومًا**»[1]، وسمي به لأنه يجعل على أعلاه خاتم مطبوع كيلا يزاد ولا ينقص، كذا في المغرب[2].

وفي المبسوط: المختوم والقفيز واحد، ونصيب العشرة على أنها صفة

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٩٤ رقم ١٥٥٩)، وابن خزيمة (٤/ ٣٨ رقم ٢٣١٠)، والدارقطني (٢/ ٤٨٤ رقم ١٩٢٥).
والحديث في الصحيحين دون هذه الزيادة.

(٢) المُغرِب في ترتيب المُعرَب للمطِّرزي (ص ١٣٨) وفيه: (ختم) الشيء وضع عليه الخاتم، ومنه ختم الشهادة، وذلك على ما ذكر الحلوائي رحمه الله أن الشاهد كان إذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبًا، ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل.. . . .
إلى أن قال: (والمختوم) الصاع بعينه عن أبي عبيد، ويشهد له حديث الخدري: «الوَسْقُ سِتّونَ مَخْتومًا».

بِدِرْهَمٍ: فَهُوَ فَاسِدٌ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِي الإِجَارَاتِ: هُوَ جَائِزٌ(*)؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ المَعْقُودَ عَلَيْهِ عَمَلًا وَيَجْعَلُ ذِكْرَ الوَقْتِ لِلِاسْتِعْجَالِ تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ فَتَرْتَفِعُ الجَهَالَةُ. وَلَهُ: أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ، لِأَنَّ ذِكْرَ الوَقْتِ يُوجِبُ كَوْنَ المَنْفَعَةِ مَعْقُودًا عَلَيْهَا، وَذِكْرَ العَمَلِ يُوجِبُ كَوْنَهُ مَعْقُودًا عَلَيْهِ وَلَا تَرْجِيحَ، وَنَفْعُ المُسْتَأْجِرِ فِي الثَّانِي، وَنَفْعُ الأَجِيرِ فِي الأَوَّلِ، فَيُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ.

(هذه) المفعول بها، وجر (المخاتيم) على مذهب أهل الكوفة في قولهم: الثلاثة الأثواب، ونصب (اليومَ) على الظرفية.

قوله: (وهذا)، أي: الفساد **(عند أبي حنيفة)**، وبه قال مالك، والشافعي، وأحمد، وعن أحمد مثل قولهما.

قوله: (في الإجارات: هو جائز)، وإنما قيد قولهما **(في الإجارات)**، أي إجارات المبسوط؛ لأنه لم يذكر قولهما في الجامع الصغير.

وفي المبسوط: قولهما استحسان، ويكون العقد على العمل؛ لأنه المقصود في الإجارات، وذكر الوقت محمول على التعجيل لا لتعليق الحق به[1]، حتى لو فرغ منه في نصف النهار كان له الأجر كاملًا، ولو لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمله في الغد لأنه صار أجيرًا مشتركًا[2].

قوله: (ولا ترجيح)، أي: ليس أحدهما بأولى من الآخر في الاعتبار؛ لأن كل واحد منهما يصلح معقودًا عليه في باب الإجارة، ألا ترى أنه لو استأجره ليخبز له اليوم وإن لم يبين القدر يجوز، وكذا لو استأجره ليخبز له عشرة مخاتيم بلا ذكر الوقت يجوز، وثبت أن كل واحد يصلح معقودًا عليه، فصار المعقود عليه مجهولًا، وجهالته تفسد العقد؛ لأنها تفضي إلى المنازعة، فإنه إذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم فللمستأجر أن يقول: منافعك في بقية اليوم حَقِّي باعتبار تسمية الوقت، وأنا أستعملك.

وإذا لم يفرغ من العمل إلى آخر اليوم فللأجير أن يقول: عند مضي اليوم

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) في المبسوط: (لا لتعليق العقد به).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٤٤).

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يَصِحُّ الإِجَارَةُ إِذَا قَالَ: فِي الْيَوْمِ، وَقَدْ سَمَّى عَمَلًا؛ ....

قد انتهى العقد بانتهاء المدة، وإن كان العمل مقصود المستأجر فالمدة مقصود للأجير، ولا ترجيح.

فإن قيل: يشكل عليه مسألة الخياطة بطريق الترديد بإن قال: إن خُطْتَهُ اليومَ فلكَ درهمٌ، وإن خُطْتَهُ غدًا فلك نصف درهم؛ فإن العقد في اليوم جائز عند أبي حنيفة، على ما يجيء، فجعل ذكر اليوم هناك للتعجيل.

قلنا: نقصان الأجر للتأخير دليل أن مراده من ذكره مجازه وهو التعجيل لا حقيقته وهو التأقيت، وفي مسألتنا لم يقم دليل على التعجيل، فيحمل على حقيقته وهو التأقيت، فيصير المعقود عليه مجهولًا.

وهذا كما لو استأجره ليخبز له هذه العشرة المخاتيم على أن يفرغ منه اليوم تجوز هذه الإجارة بالإجماع؛ لما أن اليوم في مسألة الفراغ ما ذكر مقصودًا، وإنما ذكره لإثبات صفة في العمل وهو التعجيل، والصفة تابعة للموصوف غير مقصود بالعقد.

ألا ترى لو اشترى عبدًا على أنه خباز ولم يكن، لم يكن الخبز معقودًا عليه حتى لا يقابله شيء من الثمن؛ لأنه صفة كذا، هذا وفي مسألتنا اليوم ذكر قصدًا.

وأما قولهما: أن ذكر اليوم للتعجيل، فيه نظر لأن أغراض الناس ورغباتهم مختلفة، قد يكون غرضهم التعجيل، وقد يكون العقد على المنفعة وهو حقيقته، والأجر مجاز، فلا يصار إليه عند إمكان العمل بالحقيقة.

وقيل: الضابط للفرق بين ذكر الوقت للاستعجال، وبين ذكره لبيان الوقت أن الجمع المفسد بين الوقت والعمل إذا ذكرهما قبل ذكر الأجر، أما إذا ذكر أحدهما وذكر الآخر معه حتى يتم العقد، ثم ذكر الباقي لا يفسد العقد؛ لأن العقد لما تم بذكر الأجر كأن ذكر الباقي بعده إما لتعيين العمل، أو للتعجيل فلم يفسد العقد.

أما لو جمع بينهما قبل تمام العقد بذكر الأجر صلح كل واحد منهما معقودًا فيفسد لجهالة [٢/ ٣١٩/ب] المعقود عليه، كذا في المبسوط، والذخيرة،

لِأَنَّهُ لِلظَّرْفِ فَكَانَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ العَمَلَ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: «اليَوْمَ» وَقَدْ مَرَّ مِثْلُهُ فِي الطَّلَاقِ.

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا عَلَى أَنْ يَكْرِبَهَا وَيَزْرَعَهَا، أَوْ يَسْقِيَهَا وَيَزْرَعَهَا: فَهُوَ جَائِزٌ)؛ لِأَنَّ الزِّرَاعَةَ مُسْتَحَقَّةٌ بِالعَقْدِ، وَلَا تَتَأَتَّى الزِّرَاعَةُ إِلَّا بِالسَّقْيِ وَالكِرَابِ. فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مُسْتَحَقًّا. وَكُلُّ شَرْطٍ هَذِهِ صِفَتُهُ يَكُونُ مِن مُقْتَضَيَاتِ العَقْدِ فَذِكْرُهُ لَا يُوجِبُ الفَسَادَ (فَإِنْ اشْتَرَطَ أَنْ يَثْنِيَهَا أَوْ يَكْرِيَ أَنْهَارَهَا أَوْ يُسَرْقِنَهَا: فَهُوَ فَاسِدٌ)؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى أَثَرُهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ، وَأَنَّهُ لَيْسَ مِن مُقْتَضَيَاتِ العَقْدِ، وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِ

وشروح الجامع الصغير[1].

قوله: (لأنه للظرف)، أي: لأن اليوم للظرف لا للمدة، فكان المعقود عليه العمل.

(بخلاف قوله: اليوم)؛ لأنه للمدة؛ لأنه بدون (في) يستغرق جميع [الظرف][2]، وكانت المنفعة مستغرقة جميع الوقت فيكون أجير واحد، وأما نفي للظرف والعمل لا يستغرق جميع الظرف فيكون المعقود عليه نفس العمل فيكون أجير مشترك.

(وقد مر مثله في الطلاق)، أي: في مسألة: أنت طالق غدًا وفي غد.

قوله: (وقيل أن يَكْرِبَهَا) إلى آخره، يقال: كَرَبَ الأرض كِرابًا قلّبها للحرث، من باب طلب، وقيد بالكراب مرة والمدة سنة؛ لأنه إذا شرط الكراب مرتين لا يكون هذا الشرط مفسدًا لكونه من مقتضيات العقد، وكذا لو كانت تخرج بالكراب مرة، إلا أن مدة الإجارة كانت سنتين لا يفسد العقد؛ لأن منفعته تبقى سنة دون سنتين فلا يكون هو شرطًا فيه يقع لصاحب الأرض فيجوز.

وذكر أبو الليث عن مشايخنا أنهم قالوا: هذا الجواب في بلادهم، أما في بلاد الحضرة تجوز المزارعة بهذا الشرط؛ لأن منفعة التثنية في بلاد الحضرة لا تبقى بعد انقضاء المدة فإن الأرض وإن كرب مرارًا قلَّما تبقى منفعتها إلى العام

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٤٤).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الْمُتَعَاقِدَيْنِ. وَمَا هَذَا حَالُهُ يُوجِبُ الفَسَادَ؛ لِأَنَّ مُؤَجِّرَ الأَرْضِ يَصِيرُ مُسْتَأْجِرًا مَنَافِعَ الأَجِيرِ عَلَى وَجْهٍ يَبْقَى بَعْدَ المُدَّةِ، فَيَصِيرُ صَفْقَتَانِ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ. ثُمَّ قِيلَ: المُرَادُ بِالتَّثْنِيَةِ أَنْ يَرُدَّهَا مَكْرُوبَةً وَلَا شُبْهَةَ فِي فَسَادِهِ. وَقِيلَ: أَنْ يَكْرِبَها مَرَّتَيْنِ، وَهَذَا فِي مَوْضِعٍ تُخْرِجُ الأَرْضُ الرِّيعَ بِالكِرَابِ مَرَّةً وَاحِدَةً، وَالمُدَّةُ سَنَةٌ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ كَانَتْ ثَلَاثَ سِنِينَ لَا تَبْقَى مَنْفَعَتُهُ، وَلَيْسَ المُرَادُ بِكَرْيِ الأَنْهَارِ الجَدَاوِلَ بَلْ المُرَادُ مِنهَا: الأَنْهَارُ العِظَامُ، هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ تَبْقَى مَنْفَعَتُهُ فِي العَامِ القَابِلِ. قَالَ: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَزْرَعَهَا بِزِرَاعَةِ أَرْضٍ أُخْرَى: فَلَا خَيْرَ فِيهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ جَائِزٌ، ....

الثاني[١].

وقوله: (**هو الصحيح**)، احتراز عن قول من قال: المراد بالأنهار الجداول.

وقلنا: والصحيح أن المراد الأنهار العظام؛ لأنه تبقى منفعته إلى العام القابل، وذلك لأن اسم الأنهار مطلقًا يتناول الجداول، ومنفعة كري الجداول لا تبقى إلى العام القابل كذا ذكره المحبوبي، فكان المستأجر هو المنتفع بالجداول خاصة، وهو واجب على المستأجر بدون الشرط، فكان شرطًا يقتضيه العقد فلا يفسد به.

قوله: (**لا خير فيه**)، أي: لا يجوز أصلًا.

قوله: (**وقال الشافعي: هو جائز**)، اختلف جنس المنفعة، أو اتفق، وبه قال مالك وأحمد؛ لأن المنافع كالأعيان عنده، ومبادلة العين بالعين بجنسه، أو بخلاف جنسه صحيحة عند المساواة، ولهذا تصح الإجارة ببدل دين، ولو لم يكن في حكم العين لكان بيع الدين بالدين، وكذا السكنى بالخدمة تجوز ولم يجعل دينًا بدين، فكذا إذا قوبل بجنسه.

ولنا أن مبادلة الشيء بجنسه لا يجوز؛ لأن الجنس بانفراده يُحَرِّم النَّساء.

وفي المبسوط: لنا في المسألة طريقان، أحدهما: هو المنقول عن محمد أن مبادلة السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نَساءً.

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (١٠/ ٣٠٣).

وَعَلَى هَذَا إجَارَةُ السُّكْنَى بِالسُّكْنَى وَاللُّبْسِ بِاللُّبْسِ وَالرُّكُوبِ بِالرُّكُوبِ. له: أَنَّ المَنَافِعَ بِمَنْزِلَةِ الأَعْيَانِ حَتَّى جَازَتْ الإِجَارَةُ بِأُجْرَةِ دَيْنٍ، وَلَا يَصِيرُ دَيْنًا بِدَيْنٍ، وَلَنَا: أَنَّ الجِنْسَ بِانْفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النَّسَاءَ عِنْدَنَا، فَصَارَ كَبَيْعِ القُوهِيِّ بِالقُوهِيِّ نَسِيئَةً وَإِلَى هَذَا أَشَارَ مُحَمَّدٌ، وَلِأَنَّ الإِجَارَةَ جُوِّزَتْ بِخِلَافِ القِيَاسِ لِلْحَاجَةِ وَلَا حَاجَةَ عِنْدَ اتِّحَادِ

والثاني: أن جواز عقد الإجارة للحاجة، ولا حاجة في مبادلة المنفعة بجنسها؛ لأنه كان متمكنًا من السكنى قبل ذلك العقد، فلا يحصل بالعقد إلا ما كان متمكنًا منه باعتبار ملكه، والكمال من باب الفضول، والإجارة ما شرعت لابتغاء الفضول، فأما في اختلاف الجنس فالحاجة متحققة فيجوز[١].

قوله: (وإلى هذا أشار محمد)، وهو ما حكي أن ابن سماعة كتب من بلخ إلى محمد وقال: لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار؟

فكتب محمد في جوابه: إنك أطلت الفكرة، وجالست الحنّائي وكانت منك زلة، أما علمت أن إجارة سكنى دار بسكنى دار كبيع قوهي بقوهي نَساء، والحنّائي مُحدّث ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل، ويقول: لا برهان لكم عليها، كذا في جامع فخر الإسلام.

والقوهي: ثوب منسوب إلى قوهستان كورة من كور فارس، والكورة المدينة.

فإن قيل: النَّساء ما يكون مشروطًا في العقد، والأجل هاهنا غير مشروط، كيف والمنافع في حكم الأعيان دون الديون، وإلا نجز في مختلفي الجنس لأن الدين بالدين حرام، وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الكالئ بالكالئ[٢].

ولأن النَّسَاء إنما حرم في الجنس لأن النقد خير من النسيئة، وهاهنا لا

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٣٩).

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/ ٤٠ رقم ٣٠٦١)، والحاكم (٢/ ٥٧ رقم ٢٣٤٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٢٩٠ رقم ١٠٨٤٢) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، قال البيهقي: موسى هذا هو ابن عبيدة الربذي، وشيخنا أبو عبد الله - الحاكم - قال في روايته: (عن موسى بن عقبة)، وهو خطأ، والعجب من أبي الحسن الدارقطني شيخ عصره روى هذا الحديث في كتاب السنن=

الجِنْسِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَ جِنْسُ المَنْفَعَةِ.

فضل إذ العدم في البدلين على نمط واحد.

قلنا: لما كان المعقود عليه ما يحدث من المنفعة في المدة، ولا يتصور حدوثه جملة، لكن يكون ذلك شيئًا فشيئًا، فكان هذا بمنزلة اشتراط الأجل وأبلغ منه؛ فإن المطالبة بالتسليم تتأخر بالأجل، فكذا المطالبة بتسليم جميع المعقود عليه تتأخر إلى حدوث المنفعة، وهذا أبلغ من ذلك؛ لأن بالأجل يتأخر انعقاد العقد، وهاهنا يتأخر الانعقاد في حق المعقود عليه [٢/ ٣٢٠/ أ]، وهذا ليس بدين حقيقةً لأن الدين ما ثبت في الذمة، والمنافع لا تثبت دينًا في الذمة، والمحرم الدَّين بالدَّين، ولهذا أقمنا المنفعة التي يصحبها النَّسَاء حالة العقد مقام المعقود عليه إذ لا بد لعقد المعاوضة من المعقود عليه، فأقمنا العين مقام المنفعة فيما لم تصحبها الباء ضرورة صحة العقد، فكان بمنزلة بيع العين نَساء بخلاف جنسه.

ونحن نسلم أن العدم في البدلين على نمط واحد، إلا أن في المنصوص يتعلق الحكم بعينه لا بعلته؛ فإنه عليه الصلاة والسلام قال: «**إذَا اخْتلَفَ النّوعانِ فَبِيعُوا كيفَ شِئتُم بعدَ أن يَكونَ يدًا بِيَدٍ**»[(١)]، فتكون الحرمة فيما إذا لم يكن يدًا بِيَدٍ بالنص لا بالقياس، فلا يعتبر للحرمة قيام الفضل؛ لأن النص لم يشر إلى الفضل، كذا في الأسرار، والمبسوط[(٢)].

وفي الفوائد الظهيرية: ثم لو استوفى المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية؛ لأنه استوفى المنفعة بالإجارة الفاسدة، وذكر الكرخي عن أبي يوسف أنه لا شيء عليه لأن تقوم المنفعة بالتسمية، والمسمى بمقابلة

= عن أبي الحسن علي بن محمد المصري هذا فقال: عن موسى بن عقبة، وقال ابن الملقن: رواه الدارقطني والبيهقي من رواية ابن عمر وضَعَّفاه، والحاكم وصححه على شرط مسلم، وغلَّطه البيهقي في ذلك، وهو الحق فقد ضعفه غير واحد من الحفاظ، قال أحمد: ليس في هذا الباب حديث صحيح، إنما أجمع الناس على أنه لا يجوزُ بيعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ. "خلاصة البدر المنير" (١٥٣٠)، وقال ابن حجر: إسناده ضعيف. "بلوغ المرام" (١/ ١٧٣).

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١١ رقم ١٥٨٧) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٣٩).

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الطَّعَامُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَاسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، أَوْ حِمَارَ صَاحِبِهِ عَلَى أَنْ يَحْمِلَ نَصِيبَهُ فَحَمَلَ الطَّعَامَ كُلَّهُ: فَلَا أَجْرَ لَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ الْمُسَمَّى؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ عَيْنٌ عِنْدَهُ وَبَيْعُ الْعَيْنِ شَائِعًا جَائِزٌ، وَصَارَ كَمَا إذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ لِيَضَعَ فِيهَا الطَّعَامَ، أَوْ عَبْدًا مُشْتَرَكًا لِيَخِيطَ لَهُ الثِّيَابَ، وَلَنَا: أَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِعَمَلٍ لَا وُجُودَ لَهُ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ فِعْلٌ حِسِّيٌّ لَا يُتَصَوَّرُ فِي الشَّائِعِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ حُكْمِيٌّ، وَإِذَا لَمْ يُتَصَوَّرْ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَا يَجِبُ الْأَجْرُ، وَلِأَنَّ مَا مِن جُزْءٍ يَحْمِلُهُ إِلَّا وَهُوَ شَرِيكٌ فِيهِ، ....

المنفعة ليس بمال متقوم في نفسها؛ لأنها منفعة.

وقلنا: الفاسد يعتبر بالجائز، والمنفعة تتقوم بالعقد الجائز، فكذا بالفاسد، كذا في المبسوط[1]، وجامع المحبوبي.

قوله: (فلا أجر له)، أي: لا المسمى، ولا أجر المثل، وعلى قياس قول أبي حنيفة ينبغي أن يجب أجر المثل؛ لما أن إجارة المشاع فاسدة أيضًا عنده، وإذا استوفى المعقود عليه يجب أجر المثل، إلا أنه تعذر استيفاء المعقود عليه هاهنا؛ لأن المحل مشترك، ففي كل جزء عامل لنفسه وهو العمل الواحد لا يكون عاملًا لنفسه ولغيره في حالة واحدة، وبدون الاستيفاء لا يجب أجر المثل في الفاسد عندنا وأحمد في رواية، خلافًا للشافعي ومالك، وقد مر.

قوله: (وقال الشافعي: له المسمى)، أي: يجوز العقد وله المسمى؛ لأن الإجارة بيع المنفعة فيصح في الشائع كبيع العين، وبه قال أحمد.

قوله: (لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع)، أي: المعقود عليه نصف الشائع، وحمل نصف الشائع غير متصور فيبطل العقد لوروده على ما لا يحتمل الوجود، وصار كإجارة ما لا منفعة له، ولهذا ضرب نصف الشائع غير متصور، وكذا وطء الجارية المشتركة في النصف الشائع لعدم تصور فعل الحسي في الشائع.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٤٠).

فَيَكُونُ عَامِلًا لِنَفْسِهِ، فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّسْلِيمُ، بِخِلَافِ الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُنَالِكَ الْمَنَافِعُ وَيَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُهَا بِدُونِ وَضْعِ الطَّعَامِ، وَبِخِلَافِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ مِلْكُ نَصِيبِ صَاحِبِهِ، وَأَنَّهُ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ يُمْكِنُ إِيقَاعُهُ فِي الشَّائِعِ.

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ يَزْرَعُهَا، أَوْ أَيَّ شَيْءٍ يَزْرَعُهَا: فَالإِجَارَةُ

قوله: (فيكون عاملًا لنفسه) فلا يتحقق تسليم المعقود عليه؛ لأن كونه عاملًا لنفسه يمنع تسليم عمله إلى غيره، وبدون التسليم لا يجب الأجر.

غاية الأمر أنه عامل للغير أيضًا، لكنه جعله عاملًا لنفسه أولى؛ لأن الأصل أن الإنسان يعمل لنفسه مع ما فيه من تمليك المنافع المعدومة، ولأنه لو كان عاملًا لنفسه لا يجب الأجر، ولو كان عاملًا لغيره يجب، فلا يجب بالشك.

ولا يقال: المحمول لما كان مالًا مشتركًا وجب أن يقع الحمل مشتركًا؛ لأن وقوع الحمل مشتركًا محال؛ لأنه عرض، وهو لا يتجزأ، بخلاف الدار المشتركة لأن المعقود عليه ثم المنافع، والبدل بمقابلتها، ولا شركة في ذلك، ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام، حتى لو سلم الدار في المدة يستوجب الأجر وإن لم يضع فيها طعامًا، فكان العقد واردًا على المنفعة الحكمية لا على الفعل الحسي، وكان نظير البيع في حق قبول التصرف الحكمي فيصح استئجاره للتصرف الحكمي كما في البيع.

قوله: (إنما هو ملك نصيب صاحبه)، أي: منفعة ملك نصيب صاحبه، **(وأنه)** أي: ملك نصيب صاحبه **(أمر حكمي)** والشائع يقبل الصفات الحكمية.

قوله: (أو أي شيء يزرعها)، أي: استأجرها للزراعة ولكن لم يذكر أي شيء يزرعها، فالإجارة فاسدة في الصورتين، وبه قال الشافعي وأحمد، وقال مالك: يصح في الصورتين، وكان له أن يفعل في الأول ما نسيه من البناء والغرس والزرع، فإن أشبه الجميع وكان بعضه أضر بالأرض من بعض لم يصح العقد، وفي الثاني - وهو أنه بذكر الزرع - صح العقد، ولا يزرع إلا ما يشبه، ذكره في الجواهر[1].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات لابن أبي زيد القيرواني (١/ ١٥٠).

فَاسِدَةٌ)؛ لِأَنَّ الأَرْضَ تُسْتَأْجَرُ لِلزِّرَاعَةِ وَلِغَيْرِهَا، وَكَذَا مَا يُزْرَعُ فِيهَا مُخْتَلِفٌ، فَمِنْهُ مَا يَضُرُّ بِالأَرْضِ مَا لَا يَضُرُّ بِهَا غَيْرُهُ، فَلَمْ يَكُنْ المَعْقُودُ عَلَيْهِ مَعْلُومًا.

(فَإِنْ زَرَعَهَا وَمَضَى الأَجَلُ: فَلَهُ المُسَمَّى) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَفِي القِيَاسِ: لَا يَجُوزُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ الجَهَالَةَ ارْتَفَعَتْ قَبْلَ تَمَامِ العَقْدِ فَيَنْقَلِبُ جَائِزًا، ....

أما لو استأجرها ليزرع فيها ما شاء، أو يغرس ما شاء يجوز بالإجماع، ولو قال: لتزرعها ما شئت، وتغرسها [٢/ ٣٢٠/ب] ما شئت صح أيضًا، وهو المنصوص من الشافعي، وخالفه أكثر أصحابه وقالوا: لا يجوز؛ لأنه لا يدري كم يزرع، وكم يغرس، وقال بعضهم: يصح، ويغرس نصفها، ويزرع نصفها[1].

قوله: (فمنه)، أي: مما يزرع يضر بالأرض فإن ضرر زراعة القطن والكتان والجوارش أكبر من ضرر الحنطة والشعير، كذا ذكره المحبوبي.

(فإن زرعها)، أي: نوعًا من أنواع الزراعات.

(وفي القياس: لا يجوز)، العقد، أي: لا ينقلب جائزًا فيجب أجر المثل لا المسمى، وهو قول الشافعي، وأحمد، وزفر؛ لأنه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد، وما وقع فاسدًا لا ينقلب جائزًا.

قوله: (أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزًا)، فإن قيل: إن ارتفعت الجهالة بالزراعة، ولكن لم يرتفع ما هو الموجب لفساد العقد وهو احتمال أن يزرع ما يضر بالأرض لجواز أن يكون ما زرعها مُضرًّا بالأرض، فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك، والموجب في الابتداء كان احتمال ذلك، ولأن المعقود عليه إذا كان مجهولًا لا يتعين إلا بتعيينهما صونًا عن الإضرار بأحدهما، ولا ينفرد أحدهما بالتعيين لما أن العقد قام بهما، ثم الاستعمال تعين من أحدهما فلا يصح ذلك.

قال صاحب الفوائد: ولي فيه إشكال هائل، ثم قال: قلنا: الأصل إجازة

---

(١) انظر: البيان للعمراني (٧/ ٣٠٧)، والمجموع للنووي (١٥/ ١٣).

كَمَا إِذَا ارْتَفَعَتْ فِي حَالَةِ العَقْدِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَسْقَطَ الأَجَلَ المَجْهُولَ قَبْلَ مُضِيِّهِ وَالخِيَارَ الزَّائِدَ فِي المُدَّةِ.

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ حِمَارًا إِلَى بَغْدَادَ بِدِرْهَمٍ، وَلَمْ يُسَمِّ مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ، فَحَمَلَ مَا يَحْمِلُ النَّاسُ، فَنَفَقَ فِي نِصْفِ الطَّرِيقِ: فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ العَيْنَ المُسْتَأْجَرَةَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ المُسْتَأْجِرِ، وَإِنْ كَانَتْ الأُجْرَةُ فَاسِدَةً ....

العقد عند انتفاء المانع؛ لأن عقود الإنسان تصحح بقدر الإمكان، والمانع الذي فسد العقد باعتباره يوقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه، وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد.

قوله: (كما إذا أسقط الأجل المجهول)، أي: في البيع بأن باع إلى الحصاد، أو الدياس فأسقط الأجل قبل أوان الحصاد أو الدياس.

(والخيار الزائد في المدة) بأن شرط الخيار أربعة أيام مثلًا، ثم أسقط اليوم الرابع، قيل: هذا رد المختلف على المختلف فكان عند زفر لا ينقلب جائزًا في هاتين المسألتين كالأولى، أو جعل هاتين المسألتين من المسائل المسلمة لإقامة الدليل على الانقلاب إلى الجواز، فجعلهما بمنزلة المجمع عليه.

قوله: (وإن كانت الأجرة فاسدة)؛ لأن حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح، ولا يعلم فيه خلاف أن هذه الإجارة فاسدة، والفاسدة في حكم الصحيح في أن العين المستأجرة أمانة فلا يضمن بلا تَعَدٍّ، ولو تعدّى المستأجر وضمن لا يجب الأجر؛ لأنه صار غاصبًا للعين، فكان هذا إتلافًا للمنافع بطريق الغصب لاستيفاء المنافع المملوكة بالعقد فلم يجب عليه بدلها.

وعند الشافعي يضمن؛ لأنها ملحقة بالعين، وثمن المبيع لا يسقط بجناية المشتري على مال آخر للبائع، وبه قال أحمد، ومالك.

ولو جحد الإجارة في بعض الطريق وجب أجر ما ركب قبل الإنكار، ولا يجب الأجر لما بعده عند أبي يوسف؛ لأنه بالجحود صار غاصبًا؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان، وعند محمد يجب الأجر كله؛ لأنه لما سلم من الاستعمال سقط الضمان، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

(فَإِنْ بَلَغَ بَغْدَادَ: فَلَهُ الأَجْرُ المُسَمَّى) اسْتِحْسَانًا عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى (وَإِنْ اخْتَصَمَا قَبْلَ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ) وَفِي المَسْأَلَةِ الأُولَى قَبْلَ أَنْ يَزْرَعَ (نُقِضَتْ الإِجَارَةُ) دَفْعًا لِلْفَسَادِ إِذْ الفَسَادُ، قَائِمٌ بَعْدُ.

بَابُ ضَمَانِ الأَجِيرِ

قَالَ: (الأُجَرَاءُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: أَجِيرٌ مُشْتَرَكٌ، وَأَجِيرٌ خَاصٌّ، فَالمُشْتَرَكُ: مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ حَتَّى يَعْمَلَ، كَالصَّبَّاغِ وَالقَصَّارِ)؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ هُوَ العَمَلَ، أَوْ أَثَرَهُ، كَانَ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ لِلْعَامَّةِ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ لَمْ تَصِرْ مُسْتَحَقَّةً لِوَاحِدٍ، فَمِن هَذَا الوَجْهِ يُسَمَّى مُشْتَرَكًا.

قوله: (فله الأجر المسمى استحسانًا)، وفي القياس يجب أجر المثل، وهو قول زفر لما مر.

وجه الاستحسان: ارتفعت الجهالة قبل تمام العقد، فإنه لما حمل ما يحمله الناس فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المؤدية إلى المنازعة، فانقلب إلى الجواز فوجب المسمى.

بَابُ ضَمَانِ الْأَجِيرِ

لما ذكر أنواع الإجارة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ضمان الأجير.

والأجير: فعيل بمعنى مفاعل، من باب: أجّر، واسم الفاعل منه: مُؤَجِّر، لا مؤاجر، وقد مر في أول كتاب الإجارات.

قوله: (فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل)، قيل: هذا تعريف دوري لأنه لو سئل من لا يستحق الأجر حتى يُعلَمَ من هو، فلا بد من أن يقول: هو الأجير المشترك، أجيب: أن هذا تعريف بالأجْلَى والأشهر، أو تعريف لما لم يذكر بما قد سبق ذكره قبل فإنه ذكر في باب الأجر متى يستحق بقوله: (أو باستيفاء المعقود عليه).

وقيل في تعريفه: من يعمل لغير واحد؛ كالصبّاغ، والخاص من يعمل لواحد.

قَالَ: (وَالمَتَاعُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، إنْ هَلَكَ: لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، وَيَضْمَنُهُ عِنْدَهُمَا إِلَّا مِن شَيْءٍ غَالِبٍ كَالحَرِيقِ الغَالِبِ وَالعَدُوِّ المُكَابِرِ)(*)

قوله: (إن هلك لم يضمن شيئًا عند أبي حنيفة، وهو قول زفر)، [٢/ ٣٢١/ أ] والحسن بن زياد، وهو القياس سواء هلك بأمر يمكن التحرز عنه؛ كالسرقة، والغصب، أو بأمر لا يمكن التحرز عنه، وأحمد، وإسحاق، والمزني، والشافعي في قولٍ، وروي عن علي، وهو مذهب إبراهيم.

(ويضمنه عندهما)، أي: عند أبي يوسف ومحمد، وبه قال الشافعي في قولٍ، ومالك، وابن أبي ليلى، وهو مروي عن عمر، وعلي، وابن مسعود، وقيل: روي عن أبي بكر أيضًا، وهو مذهب عطاء، وطاووس، ومجاهد.

والمسألة مختلفة بين الصحابة، فلهذا اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف؛ لأن فيه عمل بأقوال الصحابة بقدر الإمكان.

قيل: في القول بالصلح على النصف قول خارج عن أقوال الصحابة، وترك للعمل بأقوالهم؛ إذ الصحابة اختلفوا على القولين لا غير إما بالضمان، أو عدم الضمان، فكان القول بنصف الضمان خارجًا عن أقوالهم فكان باطلًا.

وقيل: فيه عمل بأقوالهم لأنا لما قلنا بالصلح على النصف كان ذلك حطًّا للنصف بعد وجوب الكل، وإبقاء لوجوب النصف كما كان فكان عملًا بقول من يقول بالضمان.

ثم لما قلنا بعدم وجوب النصف كان عملًا في النصف بقول من قال بعدم الضمان.

وأما إيجاب النصف فكان منه مبرة ابتداءً باعتبار أن المصاب يعان، وأقرب الناس منه إعانة من هلك ماله في يده، فعمل[١] أن فيه عملًا بأقوالهم بقدر الإمكان، وفيه نوع تأمل.

وفي الخلاصة: بعض العلماء أفتوا بقولهما احتشامًا لقول عمر، وعلي،

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) كذا في النسخ الخطية، ولعل صوابها: (فعلم).

لَهُمَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ ﷺ أَنَّهُمَا كَانَا يُضَمِّنَانِ الأَجِيرَ الْمُشْتَرَكَ؛ وَلِأَنَّ الحِفْظَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ، إِذْ لَا يُمْكِنُهُ العَمَلُ إِلَّا بِهِ، فَإِذَا هَلَكَ بِسَبَبٍ يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ كَالغَصْبِ وَالسَّرِقَةِ كَانَ التَّقْصِيرُ مِن جِهَتِهِ فَيَضْمَنُهُ كَالوَدِيعَةِ إِذَا كَانَتْ بِأَجْرٍ، بِخِلَافِ مَا لَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ كَالمَوْتِ حَتْفَ أَنْفِهِ وَالحَرِيقِ الغَالِبِ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَقْصِيرَ مِن جِهَتِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ العَيْنَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّ القَبْضَ حَصَلَ

وعطاء، وطاووس، ومجاهد، وهم من كبار التابعين، وأئمة سمرقند أفتوا بالصلح هل يجبروا على النصف، وكان الإمام المرغيناني يفتي بقول أبي حنيفة، فقيل له: من قال بالصلح هل يجبر لو امتنع؟ قال: لا، وقال: كنت أفتي زمانًا بالصلح فرجعت لهذا.

والقاضي الإمام قاضي خان يفتي بقول أبي حنيفة، ونحن نفتي به.

ثم عندهما إن شاء المالك ضمنه مقصورًا وأعطى الأجرة، وإن شاء غير مقصور ولا أجر له، وكذا لو هلك بفعله فالمالك بالخيار بالاتفاق.

قوله: (كانا)، أي: عمر وعلي (**يُضَمِّنان الأجير المشترك**) استحسانًا حفظًا لأموال الناس.

(**ولأن الحفظ مستحق عليه**)، أي: واجب، فكان عليه العمل السليم إذ لا يمكن التوصل إلى المعقود عليه إلا بالعمل السليم، فلو هلك بجهة يمكن الاحتراز عنها كالغصب والسرقة صار بالتقصير تاركًا ذلك الحفظ المستحق فيضمن؛ كالوديعة إذا كانت بأجر وصار مثل الدق فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب التخرق، فإذا انخرق كان ضامنًا.

(**إلّا أن لا يمكن التحرز عنه كالموت حتف أنفه، والحريق الغالب وغيرهما**)؛ لأن الحفظ عنه غير واجب فلا يضمن لعدم الجناية والتقصير منه.

ولأبي حنيفة أن العين أمانة عنده؛ لأنه قبضها بإذن المالك لإقامة العمل فيه فلا يكون مضمونًا عليه كالمودع وأجير الوحد، وهذا لأن الضمان إنما يجب بالتعدي أو بالعقد، ولم يوجد واحد منهما.

أما التعدي فلأنه قبض بإذن المالك، وأما العقد فلأنه ورد على العمل لا

بِإِذْنِهِ، وَلِهَذَا لَوْ هَلَكَ بِسَبَبٍ لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ لَمْ يَضْمَنْهُ، وَلَوْ كَانَ مَضْمُونًا لَضَمِنَهُ كَمَا فِي المَغْصُوبِ، وَالحِفْظُ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ تَبَعًا لَا مَقْصُودًا، وَلِهَذَا لَا يُقَابِلُهُ الأَجْرُ، بِخِلَافِ المُودَعِ بِأَجْرٍ؛ لِأَنَّ الحِفْظَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ مَقْصُودًا حَتَّى يُقَابِلَهُ الأَجْرُ.

قَالَ: (وَمَا تَلِفَ بِعَمَلِهِ، كَتَخْرِيقِ الثَّوْبِ مِن دَقِّهِ، وَزَلَقِ الحَمَّالِ وَانْقِطَاعِ الحَبْلِ الَّذِي يَشُدُّ بِهِ المُكَارِي الحِمْلَ، وَغَرَقِ السَّفِينَةِ مِن مَدِّهِ: مَضْمُونٌ عَلَيْهِ).

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالفِعْلِ مُطْلَقًا

على العين فلا تصير العين به مضمونًا إلى آخر ما ذكر في الكتاب.

(**والحفظ مستحق عليه تبعًا لا مقصودًا**) أي: غير معقود عليه، لكنه وسيلة إليه، وجعل العين تابعًا قلب الحقيقة فلا يصار إليه إلا عن ضرورة كما في الحبس إذ لا يقدر على حبس أثر فعله إلا بحبس العين، والمسألة مختلفة بين الصحابة فلا يجب تقليد البعض.

وما قالا من النظر في حق صاحب المال فهو ضرر في حق الأجير، وهو أن يلزمه ما لم يلتزم، ونظر الشرع للكل، فمن النظر أن لا يكون مضمونًا عليه، ولمّا تساوي الجانبان لم يجب الضمان بالشك، إليه أشار في الأسرار، والمبسوط[(١)].

قوله: (**وما تلف بعمله**)، أي: بعمل الأجير إلى **قوله**: (**مضمونًا عليه**)، وكذا ما تلف بسوق المكاري وقوده مضمون عليه، وبه قال مالك، وأحمد، والشافعي في قول، وروي ذلك عن عمر، وعلي، وعبيد الله بن عتبة، وشريح، والحسن، والحكم، وقال زفر والشافعي في قولٍ: لم يضمن، وقال الربيع: هذا مذهب الشافعي، وروى ذلك عن عطاء وطاووس؛ لأنه مأذون فيه فلا يكون مضمونًا عليه كالمعين في الدق، والأجير الوحد.

(**وهذا لأنه أمره بالفعل مطلقًا**) إلى الآخر، ولا يقيده بالدق المصلح لأنه ليس في وسعه، ولئن كان في وسعه فلا يمكن التحرز عنه إلا بحرج عظيم، وما فيه حرج ملحق بما ليس في الوسع، وهو كالفصاد، والبزاغ، والحجام،

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٠٣).

فَيَنْتَظِمُهُ بِنَوْعَيْهِ المَعِيبِ وَالسَّلِيمِ وَصَارَ كَأَجِيرِ الوَحْدِ وَمُعِينِ القَصَّارِ.

وَلَنَا: أَنَّ الدَّاخِلَ تَحْتَ الإِذْنِ مَا هُوَ الدَّاخِلُ تَحْتَ العَقْدِ، وَهُوَ العَمَلُ المُصْلِحُ؛ ....

والختان فإنه يجب [٢/ ٣٢١/ ب] الضمان عليهم إذا سرى إلى النفس لهذا المعنى.

قوله: (وهو العمل المصلح)؛ لأن الإذن إنما ثبت ضمنًا للعقد، والعقد انعقد على السليم؛ لأن مطلق المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه من العيوب كما مر في البيوع، فإذا ثبت أن المعقود عليه السليم ثبت أن المفسد غير معقود عليه فلا يكون مأذونًا فيه، كما لو وصف نوعًا من الدق فجاءه بنوع آخر، بخلاف معين القصار لأنه متبرع، وعمل المتبرع لا يتقيد بوصف السلامة، وبخلاف البزاغ والفصاد ونحوهما؛ لأن العقد لم يتناول العمل الصالح؛ لأن نفس ذلك العمل إفساد، وإنما السلامة المطلوبة من العمل أن لا يجاوز القدر المقدور، ومتى جاوز ضمن.

وهنا الملتزم بالعقد الدَّق المُزيِّن المُحَسِّن، ولأنه لا يمكنه الاحتراز عن العمل الساري لأن السراية والاقتصار يتبعان قوة المحل على احتمال الألم وسيلان الدم وضعفه عن ذلك، وليس في وسعه معرفته، والخارج من الوسع لا يستحق بعقد المعاوضة بحال، فأما التحرز عن التخرق ففي وسع القصار، إلا أنه ربما يلحقه الحرج فيه، وهو ساقط العبرة فلا يلزم العبد بالتزامه، وعقده وإنما يعتبر في خطابات الشرع رحمة ونظرًا.

ولا يقال القصّار أتى بالدَّق المُزيِّن المُحَسِّن، إنما التخرق حصل بوهن في الثوب فهو نظير البزاغ والفصاد؛ لأنا نقول المعقود عليه العمل الصالح، فإذا حصل التخرق علم أنه غير معقود عليه.

ولما قلنا أن في البزاغ لم يتناول الصالح؛ لأن نفس ذلك العمل إفساد إلى آخر ما ذكرنا.

يؤيد قولنا ما روى جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي أنه كان يضمن الصباغ، وروى الشافعي في مسنده بإسناده عن علي أنه كان يضمن الأجراء،

لِأَنَّهُ هُوَ الوَسِيلَةُ إِلَى الأَثَرِ وَهُوَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ حَقِيقَةً، حَتَّى لَوْ حَصَلَ بِفِعْلِ الغَيْرِ يَجِبُ الأَجْرُ فَلَمْ يَكُنْ المُفْسِدُ مَأْذُونًا فِيهِ، بِخِلَافِ المُعِينِ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ فَلَا يُمْكِنُ تَقْيِيدُهُ بِالمُصْلِحِ؛ لِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ عَنْ التَّبَرُّعِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ يَعْمَلُ بِالأَجْرِ فَأَمْكَنَ تَقْيِيدُهُ.

وَبِخِلَافِ أَجِيرِ الوَحْدِ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَانْقِطَاعُ الحَبْلِ مِن قِلَّةِ اهْتِمَامِهِ فَكَانَ مِن صَنِيعِهِ. قَالَ: (إِلَّا أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ بِهِ بَنِي آدَمَ مِمَّنْ غَرِقَ فِي السَّفِينَةِ، أَوْ سَقَطَ مِن الدَّابَّةِ، وَإِنْ كَانَ بِسَوْقِهِ وَقَوْدِهِ)؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ ضَمَانُ الآدَمِيِّ. وَأَنَّهُ لَا

ويقول: لا يصلح للناس إلا هذا[١].

ثم صاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه مقصورًا وأعطاه الأجر، وإن شاء ضمَّنه قيمته غير مقصور ولا أجر له.

قال بشر: هذا الجواب صحيح على قولهما؛ لأن عندهما قبضه قبض ضمان فله أن يضمنه قيمته وقت القبض غير مقصور، أما عند أبي حنيفة فهو خطأ؛ لأن عنده قبض العين قبض أمانة، وإنما الموجب للضمان عليه العمل فيكون له أن يضمنه قيمته معمولًا ولا خيار له في ذلك، والأصح ما قلنا؛ لأنا لا نضمنه قيمته بالقبض، بل يضمنه بالإتلاف إن شاء معمولًا، وإن شاء غير معمول لأن العمل يصير مسلمًا من وجه باتصاله بالثوب، وذلك العمل يجوز أن يكون معقودًا عليه عند الرضا به كالرديء في باب السلم يكون معقودًا عليه عند التجوز به فإذا وقع التغيير في العمل كان له الخيار، كذا في المبسوط[٢]، والأسرار.

قوله: (إلا أنه لا يضمن بني آدم ممن غرق في السفينة، أو سقط من الدابة)، قيل: هذا إذا كان ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده، وإلا فهو كالمتاع، والصحيح أنه لا فرق، وكذا رواه ابن سماعة، عن أبي يوسف في

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٢٢ رقم ١٢٠٠١) عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي: أنه كان يضمن الصناع والصائغ، وقال: لا يصلح للناس إلا ذاك.
وقال الشافعي: وليس بهذا سنة علمتها ولا أثر يصح عند أهل الحديث عن أحد من أصحاب النبي ﷺ، وقد روي فيه شيء عن عمر وعلي رضي الله عنهما ليس يثبت عند أهل الحديث عنهما، ولو ثبت عنهما لزم من يثبته أن يضمن الأجراء من كانوا. الأم (٦/ ١٨٨).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٠٦).

يَجِبُ بِالعَقْدِ. وَإِنَّمَا يَجِبُ بِالجِنَايَةِ، وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَى العَاقِلَةِ، وَضَمَانُ العُقُودِ لَا تَتَحَمَّلُهُ العَاقِلَةُ. قَالَ: (وَإِذَا اسْتَأْجَرَ مَنْ يَحْمِلُ لَهُ دَنًّا مِن الفُرَاتِ، فَوَقَعَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ فَانْكَسَرَ، فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ فِي المَكَانِ الَّذِي حَمَلَهُ، وَلَا أَجْرَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ فِي المَوْضِعِ الَّذِي انْكَسَرَ، وَأَعْطَاهُ الأَجْرَ بِحِسَابِهِ) أَمَّا الضَّمَانُ فَلِمَا

الرضيع، كذا ذكره التمرتاشي.

قوله: (**دنًّا من الفرات**)، قال العتابي: إنما المسألة في الفرات؛ لأن الدنان كانت تباع هنالك، وقيد (**في بعض الطريق**)؛ لأنه لو انكسر بعدما انتهى إلى المكان المشروط من جناية يده فلا ضمان عليه وله الأجر كذا نقل عن الإمام صاعد النيسابوري، كذا في المبسوط[1]، والفوائد الظهيرية.

وقوله: (**فإن انكسر**) ليس بقيد، فإنه لو كسره عمدًا فالحكم كذلك عندنا، وعند زفر والشافعي: إن انكسر لا ضمان عليه لما قلنا، وإن كسره يضمن قيمته في المكان الذي كسره؛ لأنه أتلفه في هذا المكان، ويعطيه أجر ما حمل لأنه أوفاه المنافع إلى هاهنا.

ولا خيار للمستأجر عندهما، أما الضمان عندنا في مسألة الانكسار فلأن الحمال أجير مشترك فيضمن ما تلف بجناية يده؛ لأن السقوط بالعثار أو بانقطاع الحمل، وكل ذلك من صنيعه.

وأما الخيار فلأن الحمل موافق من وجه فإنه أمره بالحمل وقد حمل، ومخالف من وجه لأنه أمره بالحمل على وجه يصير محمولًا إلى مكان معين ولم يأت بذلك الحمل، فإن مال إلى جهة الخلاف ضمنه في المكان الذي حمل، ولا أجر له لأنه لم يسلم العمل، وإن مال إلى الوفاق ضمنه في المكان الذي انكسر وأعطاه من الأجر بحسابه، ولأن المعقود عليه فات بعضه فصار كالمبيع العين إذا فات بعضه وثم خير المشتري فكذا هاهنا.

فإن قيل: كيف يضمنه في موضع الحمل ولم يوجد منه سبب الضمان ثم؟

قلنا: لأنه [٢/ ٣٢٢/أ] لما انكسر في الطريق - والحمل شيء واحد حكمًا

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٠٧).

قُلْنَا، وَالسُّقُوطُ بِالعِثَارِ، أَوْ بِانْقِطَاعِ الحَبْلِ وَكُلُّ ذَلِكَ مِن صَنِيعِهِ، وَأَمَّا الخِيَارُ فَلِأَنَّهُ إِذَا انْكَسَرَ فِي الطَّرِيقِ، وَالحِمْلُ شَيْءٌ وَاحِدٌ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ تَعَدِّيًا مِن الِابْتِدَاءِ مِن هَذَا الوَجْهِ.

وَلَهُ وَجْهٌ آخَرُ: وَهُوَ أَنَّ ابْتِدَاءَ الحَمْلِ حَصَلَ بِإِذْنِهِ فَلَمْ يَكُنْ تَعَدِّيًا، وَإِنَّمَا صَارَ تَعَدِّيًا عِنْدَ الكَسْرِ فَيَمِيلُ إِلَى أَيِّ الوَجْهَيْنِ شَاءَ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي: لَهُ الأَجْرُ بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى، وَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ: لَا أَجْرَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مَا اسْتَوْفَى أَصْلًا.

إذ الحمل المستحق بالعقد ما ينفع به وهو أن يجعله محمولًا إلى موضع عينه - ظهر أنه وقع تعديًا ابتداءً، وفي الحقيقة ابتداؤه سليم، وإنما صار تعديًا عند الكسر، فإن مال إلى الوجه الحكمي فلا أجر له؛ لأنه ما استوفى من عمله أصلًا، وإن مال إلى الوجه الحقيقي فله الأجر بقدر ما استوفى.

والأجر والضمان إنما لا يجتمعان عندنا في حالة واحدة، وقد اختلفت الحالة هاهنا، وهذا لأنه إذا ضمنه قيمته في مكان انكسر فقد جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل إلى موضع انكسر، والأجر يجب في حالة الأمانة، وإنما صار مضمونًا في حالة الكسر وهذه حالة أخرى.

وإن تلف في يده بغير فعله بأن زحمه الناس لا يضمن عند أبي حنيفة خلافًا لهما، وهي مسألة أجير المشترك.

فإن قيل: ينبغي أن لا يجبر عند أبي حنيفة على هذا الوجه؛ لأن عنده المال أمانة عند الأجير، وإنما يضمن ما تلف بفعله، وإذا كان أمانة عند القبض عنده وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمل منه.

قلنا: إن القبض يقع على وصف التوقف عنده إن هلك بصنعه ظهر أنه كان مضمونًا عليه، وزلقه فعله وصنعه، فظهر أنه كان مضمونًا عليه فله الخيار.

أو لأن الكسر حاصل بصنعه فالفساد الحاصل به يستند إلى حالة العقد؛ لأن الفساد بعمله إنما أوجب الضمان باعتبار العقد؛ لأنه لولا عقد الإجارة يكون الأجير مُعِينًا في الحمل، ولا ضمان على المُعِينِ فيما أعان، كذا في المبسوط(١).

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٠٤).

قَالَ: (وَإِذَا فَصَدَ الفَصَّادُ، أَوْ بَزَغَ البَزَّاغُ، وَلَمْ يَتَجَاوَزْ المَوْضِعَ المُعْتَادَ: فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا عَطِبَ مِن ذَلِكَ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: بَيْطَارٌ بَزَغَ دَابَّةً بِدَانِقٍ فَنَفَقَتْ، أَوْ حَجَّامٌ حَجَمَ عَبْدًا بِأَمْرِ مَوْلَاهُ فَمَاتَ: فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِن العِبَارَتَيْنِ نَوْعُ بَيَانٍ. وَوَجْهُهُ: أَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْ السِّرَايَةِ، لِأَنَّهُ يُبْتَنَى عَلَى قُوَّةِ الطِّبَاعِ وَضَعْفِهَا فِي تَحَمُّلِ الأَلَمِ فَلَا يُمْكِنُ التَّقْيِيدُ بِالمُصْلِحِ مِن العَمَلِ، وَلَا كَذَلِكَ دَقُّ الثَّوْبِ وَنَحْوُهُ مِمَّا قَدَّمْنَاهُ؛ لِأَنَّ قُوَّةَ الثَّوْبِ وَرِقَّتَهُ تُعْرَفُ بِالِاجْتِهَادِ فَأَمْكَنَ القَوْلُ بِالتَّقْيِيدِ.

قوله: (فصد الفصاد) من حد ضرب، وهو في الآدمي.

(وبزغ) من حد فتح، وهو في الحيوان، يقال: بزغ البيطار الدابة، إذا شقها بالمبزغ، وهو مثل شرط الحجام، كذا في المغرب[1].

(فلا ضمان عليه)، ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (وفي كل واحد من العبارتين)، أي عبارة القدوري والجامع (نوع بيان)؛ لأنه ذكر في القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعتاد، حتى إذا تجاوز يجب الضمان، وفي الجامع ذكر الأجرة وحجامة العبد بأمر المولى، حتى إنه إذا لم يكن بأمره يجب الضمان، فيجعل المذكور في أحدهما مذكورًا في الأخرى.

(لما قدمنا) إشارة إلى قوله: (لأن الاحتراز عن التخريق بالدق ممكن) فيمكن التقييد بالمصلح.

أما السراية والاندمال يتعلق بأحوال باطن الحيوان من ضعف المزاج وقوته، فضعيف المزاج لا يندمل سريعًا قد يسري إلى النفس، وقوي المزاج يندمل في تلك الساعة، ولا اطلاع للفصاد ونحوه على قوة طبعه وضعفه فلا يقيد بالمصلح من العمل، وكيف يقيد به والمطلوب هو الجرح، وهو إفساد وتخريب البنية كما ترى، والسلامة ضده.

وفي المبسوط: توضيح الفرق أن السراية بعد تسليم العمل وخروجه عن

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٤٢).

قَالَ: (وَالأَجِيرُ الخَاصُّ الَّذِي يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ فِي المُدَّةِ، وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ، كَمَنْ اسْتُؤْجِرَ شَهْرًا لِلْخِدْمَةِ، أَوْ لِرَعْيِ الغَنَمِ) وَإِنَّمَا سُمِّيَ أَجِيرَ وَحْدٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَعْمَلَ لِغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ فِي المُدَّةِ صَارَتْ مُسْتَحَقَّةً لَهُ، وَالأَجْرُ مُقَابَلٌ بِالمَنَافِعِ، وَلِهَذَا يَبْقَى الأَجْرُ مُسْتَحَقًّا، وَإِنْ نُقِضَ العَمَلُ.

ضمان العامل إذ السراية تكون بعد الجرح بزمان لضعف الطبيعة عن دفع أثر الجرح وتوالي الآلام، فأما التخرق مقترن بالعمل قبل خروجه عن ضمان العامل، فكان ضامنًا لما يتلفه بعمله؛ لأن عمله مضمون بما يقابله من البدل(١).

ثم إذا تجاوز المعتاد يضمن ولم يبين قدر ذلك الضمان على تقدير الحياة أو الموت كم هو؟ قيل: كان ذلك بحسب قدر التجاوز، حتى إن الختَّان لو ختن فقطع الحشفة ينظر إن برئ فعليه كمال دية النفس، وإن مات فعليه نصف الدية، وهذا من العجب إذ هو مخالف لجميع مسائل الديات، فإنه كلما ازداد أثر جنايته انتقص ضمانه، وينبغي أن يزداد ضمانه كما في قطع اليد، وقتله خطأ.

وقد ذكر الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه: فقال محمد في النوادر: أنه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لا يأتي في النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان، فلو مات حصل تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلد، والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة، فعليه نصف بدل النصف كذلك(٢).

قوله: **(والأجير الخاص)** إلى آخره، **وقوله**: **(وإن لم يعمل)**، وإنما يستحق الأجرة بتسليم نفسه بدون العمل إذا تمكن من العمل، حتى لو استأجره لإيجاد الطين أو غيره في الصحراء فمُطِّرِدٌ لك بعدما خرج الأجير إلى الصحراء [٢/ ٣٢٢/ب] لا أجر له؛ لأن تسليم النفس في ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر، وبه كان يفتي المرغيناني.

قوله: **(وإن نُقِضَ)** على بناء المفعول بخلاف الأجير المشترك، فقد روي عن محمد: لو فتق الخياط أو غيره يجبر على الإعادة؛ لأنه نُقِضَ عمله فصار

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٠٥). (٢) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٣).

قَالَ: (وَلَا ضَمَانَ عَلَى الأَجِيرِ الخَاصِّ فِيمَا تَلِفَ فِي يَدِهِ، وَلَا مَا تَلِفَ مِن عَمَلِهِ) أَمَّا الأَوَّلُ: فَلِأَنَّ العَيْنَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ بِإِذْنِهِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَا عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّ تَضْمِينَ الأَجِيرِ المُشْتَرَكِ نَوْعُ اسْتِحْسَانٍ عِنْدَهُمَا، لِصِيَانَةِ أَمْوَالِ النَّاسِ، وَالأَجِيرُ الوَحْدُ لَا يَتَقَبَّلُ الأَعْمَالَ فَتَكُونُ السَّلَامَةُ غَالِبَةً

كأن لم يكن، ولو فتقه غير الخياط لا يجبر الخياط على الإعادة؛ لأن حكم العقد قد انتهى. ولا يمكن أن يجعل كأن الخياط لم يعمل أصلًا، وكذا الإسكاف على هذا، ولم يذكر الجبر على الإعادة كما في مسألة السفينة فإن الملاح إذا رد السفينة بنفسه يجبر على الإعادة، كذا في الذخيرة.

قوله: **(ولا ضمان على الأجير الخاص)** إلى آخره، وبه قال مالك، وأحمد، والشافعي في ظاهر مذهبه، وقال بعض أصحابه: فيه قولان، في قولٍ: يضمن كالأجير المشترك، وهو المنصوص عليه، ذكره في الحلية[1].

ومنهم من قال: لا يضمن قولًا واحدًا.

وجه الضمان ما روى الشافعي في مسنده عن علي أنه كان يضمن الأجراء، ويقول: لا يصلح الناس إلا هذا[2].

ولنا أن العين أمانة في يده، فإذا تلف بدون تعديه لا يضمن، وكذا ما تلف من عمله لأن فعله منقولًا إليه كأنه فعله بنفسه، والصحيح في الرواية من عَلِيٍّ أنه كان يُضَمِّنُ الصباغ والصواغ، وإن روي مطلقًا فيحمل عليه فإن المطلق يحمل على المقيد عندك، مع أنك لا ترى العمل واجبًا بقول الصحابي.

قوله: **(أما الأول)**، وهو ما إذا تلف في يده.

قوله: **(لصيانة أموال الناس)**؛ فإن الأجير المشترك يقبل أعيانًا كثيرة رغبة في كثرة الأجر، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها، أو لا يأخذ إلا ما يقدر على حفظه، أما الأجير الخاص يعمل له في بيته ولا يقبل الأعمال من غيره.

---

(١) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للشاشي (٥/ ٤٤٨).

(٢) تقدم تخريجه ونقل كلام الشافعي عليه.

فَيُؤْخَذُ فِيهِ القِيَاسُ، وَأَمَّا الثَّانِي، فَلِأَنَّ المَنَافِعَ مَتَى صَارَتْ مَمْلُوكَةً لِلْمُسْتَأجِرِ فَإِذَا أَمَرَهُ بِالتَّصَرُّفِ فِي مِلْكِهِ صَحَّ، وَيَصِيرُ نَائِبًا مَنَابَهُ، فَيَصِيرُ فِعْلُهُ مَنْقُولًا إِلَيْهِ، كَأَنَّهُ فَعَلَ بِنَفْسِهِ فَلِهَذَا لَا يَضْمَنُهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بَابُ الإِجَارَةِ علَى أَحَدِ الشَّرْطَيْنِ

(وَإِذَا قَالَ لِلْخَيَّاطِ: إنْ خِطْتَّ هَذَا الثَّوْبَ فَارِسِيًّا فَبِدِرْهَم، وَإِنْ خِطَّته رُومِيًّا فَبِدِرْهَمَيْنِ، جَازَ، وَأَيَّ عَمَلٍ مِن هَذَيْنِ العَمَلَيْنِ عَمِلَ اسْتَحَقَّ الأَجْرَ بِهِ) وَكَذَا إذَا قَالَ

(**فأخذنا فيه بالقياس**)، وهو أن العين أمانة في يده، أو لأن البدل ليس بمقابلة العمل فلا يشترط السلامة عن العيب.

قوله: (وأما الثاني)، وهو ما إذا تلف من عمله فلأن المنافع صارت مملوكة للمستأجر بتسليم نفسه، ولهذا يستحق الأجر بتسليم نفسه بدون العمل، إلى آخر ما ذكره في الكتاب، وهذا إذا لم يتعمد الفساد، أما لو تعمد الفساد يضمن بالتعدي كالمودع إذا تعدى.

وعلى هذا أجير القصار وسائر الصُّنَّاع؛ لأن التلميذ أجير خاص كذا فلا يضمن، ويضمن الأستاذ، ولا يرجع الأستاذ بما ضمن على التلميذ؛ لأنه أجير خاص، كذا في الإيضاح، ولا خلاف فيه.

بَابُ الْإِجَارَةِ عَلَى أَحَدِ الشَّرْطَيْنِ

لما ذكر الإجارة على شرط واحد حتى أفسدها إذا كان الشرط على خلاف مقتضى العقد ذكر هذا الباب إذ الاثنين بعد الواحد.

قوله: (وأي العملين من هذين عمل استحق الأجر المسمى)، وبه قال أحمد في رواية، وقال الشافعي، ومالك، والثوري، وأبو إسحاق، وزفر، وأبو حنيفة، وأبو يوسف أولًا، وأحمد في رواية وهو القياس: لا يصح العقد وله أجر المثل إذا عمل؛ لأنه عقد معاوضة ولم يتعين فيه العوض والمعوض فلم يصح، كما لو قال: بعتك هذا بدرهم وهذا بدرهمين.

وقلنا: استحسانًا الأجر يجب بالعمل وعند العمل ما يلزمه من البدل معلوم فلا تبقى الجهالة لا في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف البيع فإن الثمن يجب

لِلصَّبَّاغِ: إنْ صَبَغْته بِعُصْفُرٍ فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ صَبَغْتَهُ بِزَعْفَرَانٍ فَبِدِرْهَمَيْنِ، وَكَذَا إِذَا خَيَّرَهُ بَيْنَ شَيْئَيْنِ بِأَنْ قَالَ: آجَرْتُك هَذِهِ الدَّارَ شَهْرًا بِخَمْسَةٍ، أَوْ هَذِهِ الدَّارَ الأُخْرَى بِعَشَرَةٍ، وَكَذَا إِذَا خَيَّرَهُ بَيْنَ مَسَافَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ بِأَنْ قَالَ: آجَرْتُك هَذِهِ الدَّابَّةَ إِلَى الكُوفَةِ بِكَذَا، أَوْ إِلَى وَاسِطَ بِكَذَا، وَكَذَا إِذَا خَيَّرَهُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ، وَإِنْ خَيَّرَهُ بَيْنَ أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ: لَمْ يَجُزْ، وَالمُعْتَبَرُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ البَيْعُ وَالجَامِعُ دَفْعُ الحَاجَةِ، غَيْرَ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِن اشْتِرَاطِ الخِيَارِ فِي البَيْعِ، وَفِي الإِجَارَةِ لَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الأَجْرَ إِنَّمَا يَجِبُ بِالعَمَلِ، وَعِنْدَ ذَلِكَ يَصِيرُ المَعْقُودُ عَلَيْهِ مَعْلُومًا، وَفِي البَيْعِ يَجِبُ الثَّمَنُ بِنَفْسِ العَقْدِ فَتَتَحَقَّقُ الجَهَالَةُ عَلَى وَجْهٍ لَا تَرْتَفِعُ المُنَازَعَةُ إِلَّا بِإِثْبَاتِ الخِيَارِ (وَلَوْ قَالَ: «إِنْ خِطتَّه اليَوْمَ فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ خِطْتَّه غَدًا فَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ»، فَإِنْ خَاطَهُ اليَوْمَ فَلَهُ دِرْهَمٌ، وَإِنْ خَاطَهُ غَدًا فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يُجَاوَزُ بِهِ نِصْفُ دِرْهَمٍ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لَا يُنْقَصُ مِن نِصْفِ دِرْهَمٍ وَلَا يُزَادُ عَلَى دِرْهَمٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: الشَّرْطَانِ جَائِزَانِ)(*) قَالَ: زُفَرُ: الشَّرْطَانِ فَاسِدَانِ؛ لِأَنَّ الخِيَاطَةَ شَيْءٌ وَاحِدٌ، وَقَدْ

بنفس العقد، فإذا لم يكن معلومًا عند العقد يفسد العقد.

قوله: (وإن خيره بين أربعة لم يجز)، وكذا في الخياطة والصبغ إذا ذكر ثلاثة أنواع جاز، وإن زاد عليها لم يجز.

قوله: (لا بد من اشتراط الخيار في البيع)، يعني لو باع أحد العبدين لم يصح إلا بشرط الخيار.

(وفي الإجارة لا يشترط ذلك؛ لأن الأجر إنما يجب بالعمل) إلى آخره، وهذا هو الفرق بين الإجارة والبيع.

قوله: (وقال زفر: الشرطان فاسدان)، وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد في ظاهر مذهبه، والثوري، وأبو ثور، وإسحاق، وهو القياس كما لو قال في البيع: إن أعطيت الثمن إلى شهر فعشرة، وإن أعطيته إلى شهرين فخمسة عشر درهمًا، وهذا فاسد، فكذا هذا للتردد بين التسميتين.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

ذُكِرَ بِمُقَابَلَتِهِ بَدَلَانِ عَلَى البَدَلِ فَيَكُونُ مَجْهُولًا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ ذِكْرَ اليَوْمِ لِلتَّعْجِيلِ، وَذِكْرَ الغَدِ لِلتَّرْفِيهِ فَيَجْتَمِعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ تَسْمِيَتَانِ.

وَلَهُمَا: أَنَّ ذِكْرَ اليَوْمِ لِلتَّأْقِيتِ. وَذِكْرَ الغَدِ لِلتَّعْلِيقِ، فَلَا يَجْتَمِعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ تَسْمِيَتَانِ؛ وَلِأَنَّ التَّعْجِيلَ وَالتَّأْخِيرَ مَقْصُودٌ، فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ اخْتِلَافِ النَّوْعَيْنِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ ذِكْرَ الغَدِ لِلتَّعْلِيقِ حَقِيقَةً.

قوله: (**وذكر الغد للترفيه**) لا للإضافة والتعليق، ولهذا لو أفرد العقد في الغد بأن قال: خِطْهُ غدًا بنصف درهم ثبت هذا العقد في اليوم، حتى لو خاطه اليوم استحق [٢/ ٣٢٣/ أ] نصف درهم، فاجتمع في اليوم تسميتان فتفسد الجهالة البدل.

وكذا في الغد اجتمع تسميتان؛ لأن العقد المنعقد في اليوم باق إلى الغد؛ لأن ذكر اليوم للتعجيل لا لتوقيت العقد به، حتى لو خاطه في الغد استحق الأجر، فصح أنه اجتمع في اليوم والغد تسميتان والخياطة واحدة، فيجب أحد التسميتين وهي مجهولة، وهذه جهالة توقعهما في المنازعة.

(**ولهما**)، أي: لأبي يوسف ومحمد (**أن ذكر اليوم للتأقيت**) حقيقةً، والتعجيل والترفيه مجاز، والكلام بحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه، كيف وقد قام الدليل على أن المجاز غير مراد؛ لأن العقد يفسد على تقديري التعجيل والترفيه لاجتماع العقدين حينئذ، وعلى تقدير التأقيت والإضافة لا، بخلاف حالة الانفراد؛ لأنه لو حمل على التوقيت يفسد العقد، ومتى حمل على التعجيل أو الترفيه لا، فصرنا إلى المجاز بدلالة حالهما.

وكذا ذكر الغد للإضافة، وإذا كان كذلك لا يجتمع في كل يوم تسميتان؛ لأن التوقيت يقتضي قصر العقد على اليوم فلا يبقى إلى الغد، والعقد المضاف إلى الغد لا يكون ثابتًا في الحال فلا تجتمع التسميتان في عقد واحد.

قوله: (**وذكر الغد للتعليق**)، المراد الإضافة، أي: للإضافة، ولهذا ذكر في بعض النسخ: (وذكر الغد للإضافة) لما أن الإجارة تصح إضافتها لا تعليقها.

(**ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق**)، أي: للإضافة حقيقة وذكر اليوم للتأقيت حقيقة كما ذكرا، إلا أن الدليل قام على المجاز في ذكر اليوم وهو

وَلَا يُمْكِنُ حَمْلُ اليَوْمِ عَلَى التَّأْقِيتِ؛ لِأَنَّ فِيهِ فَسَادَ العَقْدِ لِاجْتِمَاعِ الوَقْتِ وَالعَمَلِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَجْتَمِعُ فِي الغَدِ تَسْمِيَتَانِ دُونَ اليَوْمِ، فَيَصِحُّ اليَوْمُ الأَوَّلُ، وَيَجِبُ المُسَمَّى، وَيَفْسُدُ الثَّانِي، وَيَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ لَا يُجَاوَزُ بِهِ نِصْفُ دِرْهَمٍ؛ لِأَنَّهُ هُوَ المُسَمَّى فِي اليَوْمِ الثَّانِي. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لَا يُزَادُ عَلَى دِرْهَمٍ، وَلَا يُنْقَصُ مِن نِصْفِ دِرْهَمٍ؛ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ الأُولَى لَا تَنْعَدِمُ فِي اليَوْمِ الثَّانِي، فَتُعْتَبَرُ لِمَنْعِ الزِّيَادَةِ

التعجيل؛ لأنه ازداد له في الأجر متى خاط في اليوم ونقص متى أخر إلى الغد، والنقصان بتقدير التأخير والزيادة بتقدير التعجيل عادة، وإلا لم يكن في الزيادة والنقصان فائدة، وفي الغد لم يقم الدليل على إرادة المجاز أي: الترفيه، بل الدليل على إرادة الحقيقة وهي الإضافة؛ لأنه نقص عن الأجر متى خاطه في الغد، ولو كان ذكر الغد للترفيه لما نقص عن الأجر بسبب التأخير إليه؛ لأنه يزول معنى الترفيه بنقصان الأجر، فصار ذكر الغد للإضافة وذكر اليوم للتعجيل.

والعقد المضاف إلى الغد لم يثبت في اليوم، فلم يجتمع في اليوم تسميتان فيصح، ويجتمع في الغد تسميتان فلا يصح؛ لما أن العقد المضاف إلى اليوم يبقى إلى الغد لما ذكرنا أن ذكره للتعجيل لا للتأقيت فلم ينقضي بمضي اليوم فيجتمع في الغد تسميتان درهم ونصف درهم فيكون الأجر مجهولًا جهالة مانعة من التسليم، والتسليم وهي يمنع جواز العقد.

فإن قيل: يشكل على قول أبي حنيفة مسألة المخاتيم فإنه جعل ذكر اليوم فيها للتأقيت وجعل العقد منعقدًا على تسليم النفس في المدة، أو على حقيقة العمل فأفسده على ما سبق، وجعل ذكر اليوم هاهنا للتعجيل حتى أجاز العقد.

قلنا: ذكر اليوم للتوقيت حقيقة وللتعجيل مجاز، فلا يحمل على المجاز حتى يقوم الدليل، وفي مسألتنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة بهذا الدليل، ولم يقم مثل هذا الدليل في مسألة المخاتيم فكان التأقيت مرادًا فيفسد العقد، وفيه نوع تأمل.

قوله: (**لا يجاوز به**)، أي: بأجر المثل (**نصف درهم**)، خلافًا لزفر والأئمة الثلاثة لأن عندهم في الإجارة الفاسدة يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ.

(**وفي الجامع الصغير**) إلى آخره، إنما أعاد لفظ الجامع للمخالفة الظاهرة

وَتُعْتَبَرُ التَّسْمِيَةُ الثَّانِيَةُ لِمَنْعِ النُّقْصَانِ، فَإِنْ خَاطَهُ فِي اليَوْمِ الثَّالِثِ لَا يُجَاوَزُ بِهِ نِصْفُ دِرْهَمٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَرْضَ بِالتَّأْخِيرِ إِلَى الغَدِ فَبِالزِّيَادَةِ عَلَيْهِ إِلَى مَا بَعْدَ الغَدِ أَوْلَى (وَلَوْ قَالَ: إِنْ سَكَّنْتَ فِي هَذَا الدُّكَّانِ عَطَّارًا فَبِدِرْهَمٍ فِي الشَّهْرِ، وَإِنْ سَكَّنْتَهُ حَدَّادًا فَبِدِرْهَمَيْنِ جَازَ، وَأَيَّ الأَمْرَيْنِ فَعَلَ اسْتَحَقَّ الأَجْرَ المُسَمَّى فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: الإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ، وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ بَيْتًا عَلَى أَنَّهُ إِنْ سَكَّنَ فِيهِ عَطَّارًا فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ سَكَّنَ فِيهِ حَدَّادًا فَبِدِرْهَمَيْنِ: فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَجُوزُ)(*).

بين رواية الجامع، والرواية الأولى.

وفي الإيضاح: واختلفت الرواية عن أبي حنيفة إذا خاطه في اليوم الثاني، فذكر في الأصل، والجامع: لا يزاد على درهم، ولا ينقص من نصف درهم، وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: لا يزاد على نصف درهم.

ثم قال: وهي الصحيحة؛ لأن الإجارة الفاسدة يجب فيها أجر المثل لا يزاد على المستحق، والمستحق في اليوم الثاني نصف درهم، فأما الدرهم فهو مسمى في اليوم الأول، ولا يقال التسمية الأولى باقية في اليوم الثاني؛ لأن الاعتبار المصرح أولى من غيره، والمصرح نصف درهم لا الدرهم. وجه ظاهر الرواية أنه اجتمع في الغد تسميتان فتعتبر التسمية الأولى لمنع الزيادة عليها، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان عنها عملًا بالتسميتين، وهذا أولى من الترجيح بالمصرح.

قوله: (في اليوم الثالث لا يجاوز [٢/ ٣٢٣/ب] به نصف درهم عند أبي حنيفة هو الصحيح)، والصحيح عندهما أن ينقص من نصف الدرهم ولا يزاد عليه، ذكره في الإيضاح.

قوله: (إن سكنت)، ولفظ سكنت من السكنى لا من الإسكان، وانتصاب (عطّارًا) و(حدّادًا) على الحال لا على المفعول على ما مر، وفي بعض النسخ: (أسكنت)، ولكن المقيد بقيد التفات الأول، وقالا: الإجارة فاسدة وبه قالت الأئمة الثلاثة.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إِلَى الحِيرَةِ بِدِرْهَمٍ، وَإِنْ جَاوَزَ بِهَا إِلَى القَادِسِيَّةِ فَبِدِرْهَمَيْنِ: فَهُوَ جَائِزٌ)، وَيُحْتَمَلُ الخِلَافُ (وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا إِلَى الحِيرَةِ عَلَى أَنَّهُ إِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا كُرَّ شَعِيرٍ فَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ، وَإِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا كُرَّ حِنْطَةٍ فَبِدِرْهَمٍ: فَهُوَ جَائِزٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا يَجُوزُ)(*) وَجْهُ قَوْلِهِمَا: أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ، وَكَذَا الأَجْرُ أَحَدُ الشَّيْئَيْنِ، وَهُوَ مَجْهُولٌ وَالجَهَالَةُ تُوجِبُ الفَسَادَ، بِخِلَافِ الخِيَاطَةِ الرُّومِيَّةِ وَالفَارِسِيَّةِ؛ لِأَنَّ الأَجْرَ يَجِبُ بِالعَمَلِ وَعِنْدَهُ تَرْتَفِعُ الجَهَالَةُ.

أَمَّا فِي هَذِهِ المَسَائِلِ، يَجِبُ الأَجْرُ بِالتَّخْلِيَةِ وَالتَّسْلِيمِ فَتَبْقَى الجَهَالَةُ، وَهَذَا الحَرْفُ هُوَ الأَصْلُ عِنْدَهُمَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ خَيَّرَهُ بَيْنَ عَقْدَيْنِ صَحِيحَيْنِ مُخْتَلِفِينَ،

قوله: **(ويحتمل الخلاف)**، يعني ذكر محمد هذه المسألة في الجامع الصغير ولم يحك فيه خلافًا فيحتمل أن يكون هذا قول الكل، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز كما في نظائرها من المسائل، كذا في الذخيرة.

لهما **(أن المعقود عليه مجهول)** لأنه أحد الشيئين وهو مجهول، **(وعنده)** أي: عند العمل **(ترتفع الجهالة)** أي: لا تبقى الجهالة.

قوله: **(فيجب الأجر بالتخلية والتسليم)**، أي: تسليم الدار، والبيت، والدابة، والأجر مجهول عند التسليم فيفضي إلى المنازعة.

(وهذا الحرف)، أي: المعنى وهو جهالة الأجر عند وجوبه **(هو الأصل عندهما)**.

(لأبي حنيفة أنه خيره) إلى آخره، وهذا لأن السكنى وعمل الحدادين مختلفان، وكل واحد منهما عند الانفراد صحيح، وكذا عند الجمع، والغالب في الإجارة الانتفاع لأنها مشروعة للحاجة، فالظاهر أن لا يخلو عن الانتفاع، فإذا جاء الانتفاع زالت الجهالة، والتمكن من غير انتفاع ليس بأصل، بل هو من العوارض، والاحتراز من العوارض غير واجب، ولو تحقق ترك الانتفاع بأن لم يسكن أصلًا، ومضى المدة.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

فَيَصِحُّ كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الرُّومِيَّةِ وَالفَارِسِيَّةِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ سُكْنَاهُ بِنَفْسِهِ يُخَالِفُ إِسْكَانَهُ الحَدَّادَ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ ذَلِكَ فِي مُطْلَقِ العَقْدِ وَكَذَا فِي أَخَوَاتِهَا، وَالإِجَارَةُ تُعْقَدُ لِلِانْتِفَاعِ وَعِنْدَهُ تَرْتَفِعُ الجَهَالَةُ، وَلَوْ احْتِيجَ إِلَى الإِيجَابِ بِمُجَرَّدِ التَّسْلِيمِ يَجِبُ أَقَلُّ الأَجْرَيْنِ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ.

بَابُ إِجَارَةِ العَبْدِ

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّ خِدْمَةَ السَّفَرِ اشْتَمَلَتْ عَلَى زِيَادَةِ مَشَقَّةٍ فَلَا يَنْتَظِمُهَا الإِطْلَاقُ، وَلِهَذَا جُعِلَ السَّفَرُ عُذْرًا، فَلَا بُدَّ مِن اشْتِرَاطِهِ كَإِسْكَانِ الحَدَّادِ وَالقَصَّارِ فِي الدَّارِ، وَلِأَنَّ التَّفَاوُتَ بَيْنَ

(يجب أقل الأجرين للتيقن به) أي: بالأقل إذ الفضل لا يجب بالشك، وقيل: يجب الأقل، ويتنصف الفضل لوجوبه في حال دون حال، وقيل: يتنصف كل واحد من البدلين؛ لأنه متى سلم ولم توجد السكنى يجعل التسليم لهما؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فيجب سبعة ونصف فيما إذا كان أقلهما خمسة، وأكثرهما عشرة، كذا في الذخيرة، والجامع البرهاني.

فأيًّا ما كان لا تتمكن الجهالة، فصار الأصل عند أبي حنيفة أن العقد إذا اشتمل على شيء معلوم ببدل معلوم، وضم إليه زيادة بزيادة البدل فإن العقد يقع على الأصل المعلوم، والفضل معلق باختيار الفضل في المعقود عليه، والله سبحانه أعلم.

بَابُ إِجَارَةِ الْعَبْدِ

لما فرغ من بيان أحكام الحُرِّ شرع في بيان أحكام تتعلق بالعبد لانحطاط درجة العبد من الحُرِّ في المعاملات.

قوله: (ولهذا جعل السفر عذرًا) على ما يجيء في باب فسخ الإجارة.

(فلا بد من اشتراطه كإسكان الحداد، والقصار في الدار)، حتى لو سافر به يضمن لمولاه؛ لأنه صار غاصبًا، ولو رده إلى مولاه سالمًا لا أجر له عندنا، خلافًا للأئمة الثلاثة؛ لأن الأجر والضمان لا يجتمعان عندنا.

فإن قيل: المستأجر في منافعه نزل منزلة مولاه في منافعه، وللمولى أن

الخِدْمَتَيْنِ ظَاهِرٌ، فَإِذَا تَعَيَّنَ الخِدْمَةُ فِي الحَضَرِ لَا يَبْقَى غَيْرُهُ دَاخِلًا كَمَا فِي الرُّكُوبِ

يسافر به فينبغي أن يكون له أن يسافر به.

قلنا: إنما يسافر المولى به لأنه يملك رقبته، والمستأجر إنما يملك منافعه بالعقد فيملك استخدامه في المصر عادةً، ولأن مؤنة الرد على الآجر بعد انتهاء العقد لأن منفعة العقد تعود إليه، فالمستأجر بالمسافرة يلزمه ما لم يلتزمه الآجر إذ مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف، والظاهر من حال المولى أنه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزمه مؤنة الرد، وربما يربو ذلك على الآخر فيتعين مكان العقد للاستيفاء بدلالة الحال، كذا في المبسوط[(١)]، والذخيرة.

وهذا الخلاف ما لو صلح على خدمة العبد فإن المدعي يملك المسافرة بالعبد؛ لأن في الصلح ليست مؤنة الرد على المدعى عليه لأنه يزعم أنه ملك الخدمة بغير شيء فهو كالموصى له بالخدمة، فمؤنة الرد عليه دون الوارث، وفي الإجارة مؤنة الرد على الآجر، فبالإخراج يلزمه ما لا يلتزم.

قال شمس الأئمة السرخسي: وكان شيخنا يقول في الفرق: تأويل ما قال في كتاب الصلح أن أهل المدعي إذا كان في بعض القرى القريبة من المصر والمدعى عليه يعلم ذلك، أو كان هو على جناح السفر وعلم ذلك المدعى عليه فحينئذ يكون هو راضيًا بإخراج العبد إلى أهله.

وتأويل ما قال في الإجارات [٢/ ٣٢٤/ أ] أنه لم يكن ذلك معلومًا للآجر عدّ عقد الإجارة فلا يكون راضيا بإخراجه وتكلفة خدمة السفر.

ثم قال: والفرق عندي ما ذكرنا أولًا[(٢)].

قوله: (كما في الركوب)، يعني إذا استأجر دابة ليركب بنفسه ليس له أن يُركب غيره للتفاوت بين الراكبين، فكذلك هاهنا لما تعينت الخدمة في الحضر بدلالة العادة ليس له أن يستخدمه في السفر للتفاوت بين الخدمتين، وكذا لو أطلق الركوب ثم ركب بنفسه، أو أركب غيره يتعين هو، فبعد ذلك ليس له أن

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٥٤).
(٢) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ١٥٤).

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ شَهْرًا، وَأَعْطَاهُ الأَجْرَ، فَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنهُ الأَجْرَ) وَأَصْلُهُ: أَنَّ الإِجَارَةَ صَحِيحَةٌ اسْتِحْسَانًا إِذَا فَرَغَ مِن العَمَلِ. وَالقِيَاسُ: أَنْ لَا يَجُوزَ لِانْعِدَامِ إِذْنِ المَوْلَى وَقِيَامِ الحَجْرِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ العَبْدُ. ....

يُعَيِّن من يركبه أولًا لأنه تعين للركوب فكذا هاهنا لما تغير خدمة (السفر)[١] بالعادة ليس له أن يسافر به.

قوله: (فأعطاه الأجر)، أي: بعد عمله.

قوله: (والقياس لا يُجز به)[٢]، وللمستأجر أن يأخذ منه لأن عقد المحجور عليه باطل.

(وصار كما إذا هلك العبد) أي: قبل الفراغ من العمل فإن القيمة تجب لا الأجر عندنا؛ لأن المستأجر صار غاصبًا، ولا أجر على الغاصب عندنا.

وعند الأئمة الثلاثة يجب أجر المثل بقدر العمل، وبعد الفراغ من العمل يجب أجر المثل عندهم أيضًا لفساد العقد، وهذا عندنا.

بخلاف ما لو دفع إلى العبد المحجور أرضًا مزارعة ليزرعها العبد ببذره وهلك العبد فإنه لا يضمن؛ لأن البذر لما كان من العبد يصير العبد مستأجرًا للأرض، ولا يصير صاحب الأرض غاصبًا للعبد؛ لأن من كان البذر من قبله يكون مستأجرًا، حتى لو كان البذر من قبل رب الأرض وهلك العبد في عمل المزارعة يضمن رب الأرض.

وعندنا في الاستحسان هو محجور عن تصرف يَضرُّ بالمولى إلا عن تصرف ينفع المولى؛ كقبول الهبة، وإذا جاز عقد الإجارة بعدما سلم من العمل صح قبض العبد الأجرة؛ لأنه هو العاقد، وقبض البدل إلى العاقد، ومتى صح قبضه لا يكون للمستأجر أن يرده منه.

وكذا الحكم في الصبي المحجور إذا أجر نفسه وسلم من العمل، إلا أنه لو هلك الصبي من العمل فعلى عاقلة المستأجر الدية، وعليه الأجر فيما عمل قبل

---

(١) في المخطوط (الحصر).

(٢) وفي النسخة الثانية: (والقياس أن لا يجزيه)، وتقدم في المتن: (والقياس أن لا يجوز).

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ التَّصَرُّفَ نَافِعٌ عَلَى اعْتِبَارِ الفَرَاغِ سَالِمًا، ضَارٌّ عَلَى اعْتِبَارِ هَلَاكِ العَبْدِ، وَالنَّافِعُ مَأْذُونٌ فِيهِ كَقَبُولِ الهِبَةِ، وَإِذَا جَازَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ.

(وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَآجَرَ العَبْدُ نَفْسَهُ، فَأَخَذَ الغَاصِبُ الأَجْرَ فَأَكَلَهُ: فَلَا ضَمَانَ

الهلاك، بخلاف العبد المحجور إذا هلك من العمل يجب عليه قيمته، ولا أجر عليه لما ذكرنا أنه صار غاصبًا.

ثم قيل: الأجر الذي يجب في هاتين المسألتين أجر المثل؛ لأن العقد وقع فاسدًا إلا استحسنا بصحته في حق قبض الأجر، فإن أعتقه مولاه في المدة نفذت الإجارة ولا خيار للعبد بلا خلاف، فأجر ما مضى لمولاه وأجر ما يستقبل للعبد.

ولو أجره المولى ثم أعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار في فسخ الإجارة كالصبي إذا بلغ في مدة الإجارة، وإن أجاز العقد فأجر ما مضى للمولى، وأجر ما يستقبل له والقبض للمولى لأنه هو العاقد، كذا ذكره قاضي خان(١)، والتمرتاشي.

وعند الشافعي في الجديد، ومالك، وأحمد: لا يبطل العقد، ولا خيار للعبد كالصبي إذا بلغ؛ لأنه عقد لازم عقده على ما يملكه فلا ينفسخ بالعتق، ولا بزوال ملكه عنه كما لو زوج أمته ثم باعها، وعقد الولي في الصبي لازم لصدوره في محله بولاية شرعية قبل أن يملك فإذا ملكه لم يثبت له الخيار كالأب إذا زوج ولده.

وقلنا: لما بلغ في نصف المدة، أو أعتق العبد تبين أنه أجر ملكه وملك غيره فصح في ملكه دون ملك غيره، كما لو أجر دارين أحدهما له والأخرى لغيره فيصح في ملكه، وذلك لأن المنافع بعد العتق حق لغير العاقد فلا ينفذ عقده عليها من غير ملك ولا ولاية.

قوله: (فآجر العبد نفسه) قيد به لأنه لو أجَّره الغاصب كان الأجر له لا

---

(١) فتاوى قاضي خان (٢/ ١٦٢).

عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُوَ ضَامِنٌ(*)؛ لِأَنَّهُ أَكَلَ مَالَ المَالِكِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، إِذْ الإِجَارَةُ قَدْ صَحَّتْ عَلَى مَا مَرَّ. وَلَهُ: أَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِإِتْلَافِ مَالٍ مُحْرَزٍ؛ لِأَنَّ التَّقَوُّمَ بِهِ، وَهَذَا غَيْرُ مُحْرَزٍ فِي حَقِّ الغَاصِبِ؛ لِأَنَّ العَبْدَ لَا يُحْرِزُ نَفْسَهُ عَنْهُ فَكَيْفَ يُحْرِزُ مَا فِي يَدِهِ؟!

(وَإِنْ وَجَدَ المَوْلَى الأَجْرَ قَائِمًا بِعَيْنِهِ أَخَذَهُ)؛ ....

للمالك، ولا ضمان على الغاصب بالأكل بالاتفاق، وعند الأئمة الثلاثة يرجع المالك على الغاصب بأجر المثل كما لو أجّر العبد نفسه.

وقوله: (على ما مر) إشارة إلى: **(وجه الاستحسان وهو أن التصرف نافع)**[1]، إلى آخره، وبقولهما قالت الأئمة الثلاثة.

(له) أي: لأبي حنيفة أنه أتلف مالًا غير متقوم، إنما يثبت بالإحراز، والإحراز إنما يثبت بيد حافظة كيد المالك أو نائبه، ويد المالك لم تثبت عليه، ويد العبد ليست يد المولى لأن العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونًا عليه، ولا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يكون محرزًا ما في يده، فلا يكون العبد نائبًا عن المولى ولا الغاصب.

ولما لم يكن محرزًا للمالك لم يكن [٢/ ٣٢٤/ب] معصومًا له، وما ليس بمعصوم للإنسان لا يكون مضمونًا له، ولأن الأجر بدل منفعة العبد، ولو أتلف منفعته بأن استعمله في عمل من الأعمال لا يضمن عندنا، فكذا إذا استهلك بدلها.

ولأن الغاصب لو أجَّره كان الأجر له ولا ضمان عليه بأكله، فإذا أجر العبد ففعله من وجه كفعل الغاصب؛ لأنه في ضمانه، ومن وجهٍ فعله كفعل المولى؛ لأنه مالك لرقبته، وما تردد بين أصلين توفر حظهما، فرجحنا جانب المالك عند بقاء الأجر في يده، وقلنا: المالك أحق به، ورجحنا جانب الغاصب في حق الضمان، وقلنا: لا ضمان عليه إذا أكله؛ لأن الأصل في ضمانه كالبيع إذا اكتسب في يد البائع إن استهلكه البائع لم يضمن شيئًا عند أبي حنيفة، وإن كان

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر المتن ص ٣٢١.

لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ (وَيَجُوزُ قَبْضُ العَبْدِ الأَجْرَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ عَلَى اعْتِبَارِ الفَرَاغِ عَلَى مَا مَرَّ.

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا هَذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ شَهْرًا بِأَرْبَعَةٍ، وَشَهْرًا بِخَمْسَةٍ: فَهُوَ جَائِزٌ وَالأَوَّلُ مِنهُمَا بِأَرْبَعَةٍ)؛ لِأَنَّ الشَّهْرَ المَذْكُورَ أَوَّلًا يَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَلِي العَقْدَ تَحَرِّيًا لِلْجَوَازِ، أَوْ نَظَرًا إِلَى تَنَجُّزِ الحَاجَةِ فَيَنْصَرِفُ الثَّانِي إِلَى مَا يَلِي الأَوَّلَ ضَرُورَةً.

قائمًا رده على المشتري كذا هاهنا، ذكره المحبوبي وغيره، وفيه نوع تأمل لقوة جانب المالك، وبظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «**ليسَ لعرقٍ ظالمٍ حَقٌّ**»[(١)].

(**لأنه**)، أي: المالك (**وجد عين ماله**)، ولا يلزم من بطلان التقوم والعصمة بطلان الملك كما في نصاب السرقة بعد القطع فإنه يأخذه إذا وجده ولا يضمن بإتلافه عندنا.

وقوله: (**على ما مر**) إشارة إلى قوله: (والنافع مأذون فيه)، وفائدة هذا تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الأجرة فإن الخروج عن عهدته يحصل بأدائه إلى العبد فيما إذا أجر العبد نفسه، فأما إذا أجره المولى فليس للعبد ولاية قبض الأجرة؛ لأن العبد ليس بعاقد، ولا بوكيل عن العاقد، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد، كذا في الإيضاح.

قوله: (**تحريًا للجواز**)، أي: طلبًا لصحة العقد كما لو سكت عليه فقال: استأجرت عبدك هذا شهرًا بكذا، فإنه ينصرف إلى ما يليه تحريًا لصحة العقد، فكذا هذا.

(**ينصرف الثاني إلى ما يلي الأول**[(٢)] **ضرورة**)، أي: ضرورة تحري الجواز؛ لأن الشهر الثاني معطوف على الأول، والمعطوف غير المعطوف عليه فيتناول الشهر الثاني لا محالة.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ١٧٨ رقم ٣٠٧٣)، والترمذي (٣/ ٥٥ رقم ١٣٧٨)، والنسائي في "الكبرى" (٥/ ٣٢٥ رقم ٥٩٢٧) من حديث سعيد بن زيد رضي الله عنه.

قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وقد رواه بعضهم، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن النبي ﷺ مرسلًا، وقال النسائي: خالفه يحيى بن سعيد، وليث بن سعد - أي فروياه مرسلًا.

(٢) في الأصل (إلى ما يلي الأرض)، وهو تصحيف، والمثبت من النسخة الثانية.

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا شَهْرًا بِدِرْهَمٍ فَقَبَضَهُ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ، ثُمَّ جَاءَ آخِرُ الشَّهْرِ، وَهُوَ آبِقٌ، أَوْ مَرِيضٌ، فَقَالَ الْمُسْتَأْجِرُ: أَبَقَ، أَوْ مَرِضَ حِينَ أَخَذْته، وَقَالَ الْمَوْلَى: لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِلَّا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِسَاعَةٍ، فَالقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ، وَإِنْ جَاءَ بِهِ وَهُوَ صَحِيحٌ، فَالقَوْلُ قَوْلُ الْمُؤَجِّرِ)؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي أَمْرٍ مُحْتَمَلٍ فَيَتَرَجَّحُ بِحُكْمِ الحَالِ، إِذْ هُوَ دَلِيلٌ عَلَى قِيَامِهِ مِن قَبْلُ، وَهُوَ يَصْلُحُ مُرَجِّحًا إِنْ لَمْ يَصْلُحْ حُجَّةً فِي

وكذا لو استأجر ثلاثة أشهر، شهرين بدرهمين، وشهرًا بخمسة، فالأولان بدرهمين، وبقولنا قال مالك، وأحمد، وقال الشافعي وبعض أصحاب أحمد: لا يصح العقد حتى يسمي السنة أو الشهر، ويذكر أي شهر، أو أي سنة فيما إذا قال: أجرتك شهرًا أو سنة؛ لأن ابتداء الشهر مجهول فيلزم جهالة انتهائه، ويلزم من جهالتهما جهالة الشهر.

وقلنا: ابتداؤها مما يلي العقد تحريًا لصحة العقد، يؤيده قوله تعالى إخبارًا عن شعيب عليه السلام: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القصص:٢٧]، ولم يذكر ابتداؤها.

قوله: (فالقول قول المستأجر)، أي: لا يجب الأجر، وبه قال أحمد في رواية.

(وإن جاء به)، أي: بالعبد **(وهو صحيح)** أو غير آبق **(فالقول للمؤجر)** أي: المالك، وبه قال أحمد في رواية، والشافعي، ومالك.

قوله: (فيترجح بحكم الحال)، وفي بعض النسخ: (فيترجح بتحكيم الحال).

(إذ هو)، أي: الحال **(دليل على قيامه)**، أي: قيام أمر محتمل.

(وهو يصلح مرجحًا)، أي: الحال يصلح مرجحًا، وهذا جواب سؤال وهو أن يقال: الحال يصلح للدفع عندنا لا للاستحقاق كما عرف في الأصول، فإذا جاء بالعبد وهو صحيح فالقول للمالك ويستحق الأجر، ومطالبة المستأجر بالأجر، فالحال حينئذ كانت موجبة للاستحقاق.

فقال: **(يصلح مرجحًا)** لا حجة بنفسه، يعني أن الاستحقاق يثبت هنا

نَفْسِهِ. أَصْلُهُ: الِاخْتِلَافُ فِي جَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ وَانْقِطَاعِهِ.

بَابُ الْاخْتِلافِ في الإجَارَةِ

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الخَيَّاطُ وَرَبُّ الثَّوْبِ، فَقَالَ رَبُّ الثَّوْبِ: أَمَرْتُك أَنْ تَعْمَلَهُ

بالعقد، وتسليم العبد إليه في المدة، لكن المستأجر يدعي ما ينافي الوجوب معترضًا بعد ظهور السبب والظاهر يكفي شاهدا للمؤجر في إنكاره فيكون مرجحًا.

قوله: (**وأصله**) أي: أصل هذا الاختلاف بين المالك والمستأجر، الخلاف بين مستأجر الرحى والمؤجر فإنه بحكم الحال، فإن كان الماء منقطعًا وقت الخصومة فالقول للمستأجر فيما مضى، وإن كان جاريًا فالقول لرب الرحى مع يمينه، ولو اختلفا في قدر الانقطاع فالقول للمستأجر، والبينة للمؤجر.

وعلى هذا لو أعتق جارية ولها ولد فقال المولى: أعتقتك بعد الولادة، والولد ملكي، وقالت: أعتقتني قبل الولادة وقد عتق بإعتاقي، فالقول لمن كان الولد في يده، واعتبار الولد ليس إلا تحكيم الحال.

وكذا لو باع شجرًا فيه ثمر ثم قال البائع: بعت الأشجار دون الثمار، والمشتري يقول: اشتريتها مع الثمار، قالوا: ينظر إن كان الثمار في يد البائع فالقول له وإن كانت في يد المشتري فالقول للمشتري، كذا [٢/ ٣٢٥/ أ] ذكره التمرتاشي، والمحبوبي.

بَابُ الِاخْتِلَافِ

لما ذكر أحكم الاتفاق وهو الأصل شرع في بيان الاختلاف إذ هو العارض.

قوله: (**فالقول لصاحب الثوب**)، أي: مع يمينه، وبه قال مالك، والشافعي في قول، وأبو ثور، وقال أحمد، وابن أبي ليلى، والشافعي في قول: القول للخياط والصباغ؛ لأنهما اتفقا على الإذن، واختلفا في صفته، فكان القول للمأذون له، كالمضارب إذا قال: أذنت في البيع نَساء، ولأنهما اتفقا على ملك الخياط الخيط، والصباغ الصبغ، والظاهر أنه فعل ما ملكه، واختلفا في لزوم

قَبَاءً، وَقَالَ الخَيَّاطُ: بَلْ قَمِيصًا، أَوْ قَالَ: صَاحِبُ الثَّوْبِ لِلصَّبَّاغِ، أَمَرْتُك أَنْ تَصْبُغَهُ أَحْمَرَ فَصَبَغْته أَصْفَرَ وَقَالَ الصَّبَّاغُ: لَا بَلْ أَمَرْتَنِي أَصْفَرَ، فَالقَوْلُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ)؛ لِأَنَّ الإِذْنَ يُسْتَفَادُ مِن جِهَتِهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَنْكَرَ أَصْلَ الإِذْنِ كَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ، فَكَذَا إذَا أَنْكَرَ صِفَتَهُ، لَكِنْ يَحْلِفُ؛ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ شَيْئًا لَوْ أَقَرَّ بِهِ لَزِمَهُ. قَالَ: (وَإِذَا حَلَفَ فَالخَيَّاطُ ضَامِنٌ) وَمَعْنَاهُ مَا مَرَّ مِن قَبْلُ أَنَّهُ بِالخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ، وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ، وَكَذَا يُخَيَّرُ فِي مَسْأَلَةِ الصَّبْغِ إذَا حَلَفَ، إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الثَّوْبِ أَبْيَضَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ لَا يُجَاوَزُ بِهِ المُسَمَّى. وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: يُضَمِّنُهُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الغَصْبِ.

الغرم له، والأصل عدمه.

وقال بعض أصحاب الشافعي: للشافعي قول ثالث، وهو أنهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان في الثمن، وبعضهم قال: الصحيح أن القول لرب الثوب.

ولنا أن الإذن مستفاد من جهة رب الثوب، ولهذا لو أنكر أصل الإذن كان القول له فكذلك في صفته، ولأن الأصل عدم الإذن المختلف فيه فكان القول له فكذلك في صفته، ولأن الأصل عدم الإذن المختلف فيه فكان القول قول من ينفيه، بخلاف المضارب؛ لأن الأصل في المضاربة العموم في أنواع التجارة فالخصوص عارض، فكان القول لمن ينكر العارض.

قوله: (**ما مر من قبل**)، أي: قبيل باب الإجارة الفاسدة في مسألة: **من دفع** إلى خياط ثوبًا، وقد بينا تمام اختلاف الأئمة الثلاثة فيها.

قوله: (**وفي بعض النسخ**)، أي: نسخ القدوري (**يُضَمِّنُه**) من الضمان، أي: يضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ للصباغ، فالأولى: أعني **قوله**: (**لا يجاوز به المسمى**) ظاهر الرواية، والثانية أعني **قوله**: (**يضمنه ما زاد الصبغ فيه**) رواية ابن سماعة عن محمد.

وجه الظاهر أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون في عمل الغسال، فلا يصير صاحب الثوب مشتريًا للصبغ حتى يعتبر القيمة.

(وَإِنْ قَالَ صَاحِبُ الثَّوْبِ: عملتُه لِي بِغَيْرِ أَجْرٍ، وَقَالَ الصَّانِعُ: بِأَجْرٍ، فَالقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ يُنْكِرُ تَقَوُّمَ عَمَلِهِ، إِذْ هُوَ يَتَقَوَّمُ بِالعَقْدِ، وَيُنْكِرُ الضَّمَانَ وَالصَّانِعُ يَدَّعِيهِ، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ كَانَ الرَّجُلُ حَرِيفًا لَهُ) أَيْ خَلِيطًا لَهُ (فَلَهُ الأَجْرُ وَإِلَّا فَلَا)؛ لِأَنَّ سَبْقَ مَا بَيْنَهُمَا يُعَيِّنُ جِهَةَ الطَّلَبِ بِأَجْرٍ جَرْيًا عَلَى مُعْتَادِهِمَا (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ الصَّانِعُ مَعْرُوفًا بِهَذِهِ الصَّنْعَةِ بِالأَجْرِ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا فَتَحَ الحَانُوتَ لِأَجْلِهِ جَرَى ذَلِكَ مَجْرَى التَّنْصِيصِ عَلَى الأَجْرِ اعْتِبَارًا لِلظَّاهِرِ، وَالقِيَاسُ مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ. وَالجَوَابُ عَنْ اسْتِحْسَانِهِمَا: أَنَّ الظَّاهِرَ لِلدَّفْعِ، وَالحَاجَةُ هَاهُنَا إِلَى الِاسْتِحْقَاقِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

ووجه رواية ابن سماعة أن الصبغ في الثوب بمنزلة عين مال قائم حكمًا، كما في الغصب حتى لو انصبغ ثوب إنسان بصبغ الغير واتفقا على بيعه، فصاحب الثوب يضرب في الثمن بقيمة ثوب أبيض، وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ، ولم لم يكن الصبغ فيه في حكم عين مال قابل للبيع لما كان له من الثمن حصة، ولكن الأصح ما ذكره في ظاهر الرواية.

قوله: (فالقول قول صاحب الثوب)، وبه قال أصحاب الشافعي.

قوله: (إن كان الرجل حريفًا له)، وحريف الرجل من يكون بينه وبينه أخذ وإعطاء ومعاملة، وهو معنى **قوله: (أي خليطًا له)**.

(إن كان الصانع معروفًا بهذه الصنعة بالأجر) بأن اتخذ دكانًا وانتصب لعمل القصارة يجب الأجر وإلا فلا، وبه قال مالك، وأحمد، قال شيخ الإسلام وصاحب المحيط والفتوى: على قول محمد.

قوله: (والقياس ما قال أبو حنيفة)؛ لأنه منكر للإجارة، والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد عندنا، بخلاف ما لو دفع إلى آخر عينًا ثم اختلفا، فقال الدافع: قرض، وقال الآخر: هبة، فالقول لمن يدعي القرض؛ لأن العين متقوم بنفسه، فالآخذ يدعي الإبراء عن قيمته، فالقول لمنكر الإبراء وهو مدعي القرض.

قوله: (والحاجة إلى الاستحقاق)، أي: استحقاق الأجر، ونظيره دار في يده فزعم آخر أنه ملكه فالقول لذي اليد وإن كان غيره يدعيها، ولا تنزع من يده

بَابُ فَسْخِ الإجَارَةِ

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا يَضُرُّ بِالسُّكْنَى: فَلَهُ الفَسْخُ)؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ المَنَافِعُ، وَأَنَّهَا تُوجَدُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَكَانَ هَذَا عَيْبًا حَادِثًا قَبْلَ القَبْضِ، فَيُوجِبُ الخِيَارَ كَمَا فِي البَيْعِ، ثُمَّ المُسْتَأْجِرُ إذَا اسْتَوْفَى المَنْفَعَةَ فَقَدْ رَضِيَ بِالعَيْبِ

بلا حجة، فلو بيعت دار بجنبها فأراد أن يأخذها بالشفعة لا يأخذها بمجرد اليد حتى يقيم بينة أنه ملكه؛ لأن ثبوت الملك بظاهر اليد يصلح للدفع لا للاستحقاق، والأخذ بالشفعة من يد المشتري استحقاق فلا يملكه بدون البينة، كذا هاهنا في أدب القاضي للصدر الشهيد، والله سبحانه أعلم.

بَابُ فَسْخِ الْإِجَارَةِ

تأخير هذا الباب ظاهر المناسبة لأن الفسخ بعد الوجود وهو الصحة.

قوله: (عيبًا يضر بالسكنى)، العيب بالإضرار؛ لأنه إذا كان عيبًا لا يضر بالسكنى بأن كان في الدار حائطًا للجِمال لكن لا ينتفع به في سكناها لم يثبت الخيار بلا خلاف بين الأئمة الأربعة، وكذا لو كان المستأجر عبدا للخدمة فسقط شعره أو ذهبت إحدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة لم يثبت الخيار، كذا في الإيضاح.

أما إذا كان عيبًا يضر بالسكنى فله ولاية(١) الفسخ بالإجماع [٢/ ٣٢٦/ أ].

قوله: (وإنها توجد شيئًا فشيئًا) إلى آخره دفع شبهة ترد على الإجارة من جانب البيع وهي أن يقال: إن عقد الإجارة عقد لازم كالبيع، والعيب الحادث في المبيع بعد قبض المشتري لا يثبت الرد، فكان ينبغي أن لا يرد في الإجارة (قبل)(٢) القبض أيضًا.

فأجاب عنه وقال: إن المعقود عليه المنافع، فالعيب الحادث وإن كان بعد القبض صورة، وهو قبل القبض معنى؛ لما أن المنافع تحدث شيئًا فشيئًا، إليه أشار في شرح الطحاوي.

---

(١) في الأصل: (ولا)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) في المخطوط (بعد).

فَيَلْزَمُهُ جَمِيعُ البَدَلِ كَمَا فِي البَيْعِ، وَإِنْ فَعَلَ المُؤَجِّرُ مَا أَزَالَ بِهِ العَيْبَ فَلَا خِيَارَ لِلْمُسْتَأْجِرِ لِزَوَالِ سَبَبِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا خَرِبَتِ الدَّارُ، أَوْ انْقَطَعَ شِرْبُ الضَّيْعَةِ، أَوْ انْقَطَعَ المَاءُ عَنْ الرَّحَى: انْفَسَخَتِ الإِجَارَةُ)؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ قَدْ فَاتَ، وَهِيَ المَنَافِعُ المَخْصُوصَةُ قَبْلَ القَبْضِ فَشَابَهَ فَوْتُ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ وَمَوْتِ العَبْدِ المُسْتَأْجَرِ. وَمِن أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: إِنَّ العَقْدَ لَا يَنْفَسِخُ؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ قَدْ فَاتَتْ عَلَى وَجْهٍ يُتَصَوَّرُ عَوْدُهَا فَأَشْبَهَ

(فيلزمه جميع البدل)، وبه قال الشافعي في الأظهر ومالك وأحمد وقال في وجه لا يلزمه جميع الأجر ولو فعل ما زال به العيب فلا خيار للمستأجر لأن العيب قد زال قبل فسخ العقد.

قوله: (**انفسخت الإجارة**)، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وعن بعض أصحاب أحمد والشافعي في الأرض التي انقطع ماؤها لم تنفسخ الإجارة، كما قاله بعض أصحابنا، ويجيء بعد ذلك؛ لأن المنفعة لم تبطل جملة؛ لأنه يمكنه الانتفاع بعرصة الأرض بنصب خيمة، أو جمع حطب، فأشبه ما لو نقص نفعها، لكن يخير المشتري بين الفسخ والإمضاء، فإن فسخ فلا أجر عليه كعبد مات بعد العقد قبل استيفاء المنفعة، وكدار انهدمت، ولو اختار الإمضاء يلزمه جميع الأجر كما في العيب.

وقلنا: (**المعقود عليه قد فات وهو المنافع المخصوصة**) إلى آخره.

قوله: (**ومن أصحابنا من قال**) إلى آخره، وفي الذخيرة: اختلف أصحابنا فيه، فقال بعضهم: ينفسخ بمجرد الانهدام والانقطاع، واستدل بما ذكره محمد في كتاب البيوع: ولو سقطت الدار فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار حاضرًا أو غائبًا، فهذه إشارة إلى الانفساخ بمجرد الانهدام حيثما شرط حضرة صاحبها.

وقال بعضهم: لا ينفسخ، ولكن يثبت له حق الفسخ، وبه يفتي شمس الأئمة السرخسي، وشيخ الإسلام، واستدل بما روى هشام عن محمد: أنه لو استأجر بيتًا فانهدم، ثم بناها الآجر فليس للمستأجر أن يمتنع من القبض والأجر، فهذا دليل على أن العقد لم ينفسخ، ولكنه يُفْسَخُ، وهذا لأن المنفعة غير فائتة من كل وجه إذا وصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء[1] وتتأتى فيه

---

(١) في النسخة الثانية: (إذ أصل الموضع مسكن بغير انهدام البناء).

الإِبَاقَ فِي البَيْعِ قَبْلَ القَبْضِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّ الآجِرَ لَوْ بَنَاهَا لَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْتَنِعَ وَلَا لِلْآجِرِ، وَهَذَا تَنْصِيصٌ مِنهُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَنْفَسِخْ لَكِنَّهُ يُفْسَخُ.

(وَلَو انْقَطَعَ مَاءُ الرَّحَى، وَالبَيْتُ مِمَّا يُنْتَفَعُ بِهِ لِغَيْرِ الطَّحْنِ: فَعَلَيْهِ مِنْ الأَجْرِ بِحِصَّتِهِ)؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِن المَعْقُودِ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ وَقَدْ عَقَدَ الإِجَارَةَ لِنَفْسِهِ: انْفَسَخَتْ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ

السكنى بنصب فسطاط، وفي انقطاع الماء لو فاتت من كل وجه لكنها تحتمل العود فأشبه إباق العبد وذلك لا يوجب الانفساخ.

والذي قال: ينفسخ بالانهدام ثم يعود بالبناء، ومثله جائز كما في الشاة المبيعة إذا ماتت في يد البائع ينفسخ العقد، ثم إذا دبغ جلدها يعود العقد بقدرها فكذا.

وهذا بخلاف السفينة إذا نُقِضَتْ وصارت ألواحًا ثم رُكِّبَتْ وأعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر؛ لأن السفينة بعد النقض إذا أعيدت صارت سفينة أخرى، ألا ترى أن من غصب ألواحًا وجعلها سفينة ينقطع حق المالك، فأما عرصة الدار لا تتغير بالبناء عليها قاله محمد.

(**ولو انقطع ماء الرحى**)، إن كان النقصان فاحشًا فله حق الفسخ، وإلا فلا؛ لأن مدة الإجارة لا تخلو عن نقصان غير فاحش غالبًا، وتخلو عن نقصان فاحش.

قال القدوري في شرحه: إذا صار يطحن أقل من نصف طحنه فهو فاحش.

وفي الأصل: (**إذا انقطع ماء الرحى**) لم ينفسخ ويثبت الخيار للعاقد، فإن لم ينفسخ حتى عاد الماء لزمه الإجارة فيما بقي من الشهر لزوال الموجب للفسخ، ويرفع عنه الأجر بحساب ذلك أي بحساب ما انقطع الماء في المدة، ولو لم يفسخها ومضت المدة فلا أجر عليه في ذلك.

قوله: (**وإذا مات أحد المتعاقدين**) **إلى قوله**: (**انفسخت**) أي: الإجارة، وبه قال الثوري، والليث، وقال الشافعي، ومالك، وأحمد، وأبو ثور، والبتي، وإسحاق: لا تنفسخ والإجارة بحالها، ويقوم وارثهما مقامهما سواء مات

بَقِيَ العَقْدُ تَصِيرُ المَنْفَعَةُ المَمْلُوكَةُ بِهِ، أَوْ الأُجْرَةُ المَمْلُوكَةُ لِغَيْرِ العَاقِدِ مُسْتَحَقَّةً بِالعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ بِالمَوْتِ إِلَى الوَارِثِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ (وَإِنْ عَقَدَهَا لِغَيْرِهِ: لَمْ

أحدهما أو كلاهما؛ لأن المنافع كالأعيان عندهم، والعقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد، كما لو زوج أمته ومات.

ولنا أن العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب [ما يحدث من المنفعة، فإذا مات المؤجر فالمستحق بالعقد المنافع][(١)] التي تحدث على ملكه، وقد فات ذلك بموته فتبطل الإجارة لفوات المعقود عليه؛ لأن رقبة الدار تنتقل إلى الوارث، والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة.

وإذا مات المستأجر فلو بقي العقد بعد موته إنما يبقى على أن يخلفه الوارث، والمنفعة المجردة لا تورث إذ الوراثة خلافة فلا تتصور إلا فيما يتصور وقتين ليكون ملك المورث في الوقت [٢/ ٣٢٦/أ] الأول، ثم يخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني، والمنفعة الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى حتى تورث، والتي تحدث بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها؛ إذ الملك لا يسبق الوجود، وإذا ثبت انتفاء الإرث تعين بطلان العقد فيه كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج؛ لأن وارثه لا يخلفه فيه.

ولا يشكل هذا بما إذا استأجر دابة إلى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق حيث لا تنفسخ الإجارة، وللمستأجر أن يركبها إلى المكان المسمى، وبما إذا استأجر أرضًا للزراعة فزرعها فمات في المدة حيث لا تنتقض الإجارة.

وينتقض قوله أيضًا ينفسخ بموت أحد المتعاقدين بموت الموكل فإنه ينفسخ بموته مع أنه غير العاقدين، والمسائل في الذخيرة، وفتاوى قاضي خان.

لأنا نقول في المسألة الأولى لا تنفسخ للضرورة، ومواضع الضرورة مستثناة عن الأصول، حتى قال مشايخنا: لو وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليها، أو الموت في موضع فيه قاض تنتقض الإجارة؛ لأنه لا ضرورة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

تَنْفَسِخْ) مِثْلُ الوَكِيلِ وَالوَصِيِّ وَالمُتَوَلِّي فِي الوَقْفِ، لِانْعِدَامِ مَا أَشَرْنَا إِلَيْهِ مِن المَعْنَى.

قَالَ: (وَيَصِحُّ شَرْطُ الخِيَارِ فِي الإِجَارَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ

وكذا في مسألة المزارعة يبقى عقد الإجارة استحسانًا للحاجة إلى دفع الضرر، فإن مثل هذه الحاجة تعتبر لإثبات عقد الإجارة ابتداءً، حتى إذا مضت المدة والزرع بَقْلٌ يعقد بينهما عقد الإجارة إلى وقت الإدراك لدفع الضرر، فلأن يبقى العقد لدفع الضرر أولى، والمستحسن من القياس لا يرد نقضًا على القياس، كذا في المبسوط[1]، والذخيرة.

وأما في مسألة الموكل فلأن المراد بالعاقد من وقع لأجله العقد، حتى لو كان عاقدًا ولم يقع العقد له كالوكيل، والأب، والوصي، والمتولي في فسخ الوقف لا ينفسخ العقد بموته لبقاء المستحق عليه والمستحق فيكون الاستحقاق على وفاق ما وجد العقد، كذا في الذخيرة.

وهذا معنى **قوله: (لانعدام ما ذكرنا من المعنى)**.

قوله: (ويصح شرط الخيار في الإجارة)، ويعتبر ابتداء المدة من وقت سقوط الخيار، وبه قال أحمد، وقال الشافعي: لا يصح شرط الخيار فيه، وله في ثبوت خيار المجلس وجهان، ولو كانت الإجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه: لا يثبت فيها الخياران، وفي وجه يثبت فيها الخياران، وفي وجه يثبت خيار المجلس لا خيار الشرط، كذا في الحلية[2].

وفي المبسوط: رجل تكارى دارًا سنة على أنه فيها بالخيار ثلاثة أيام جاز عندنا، وفي أحد قولي الشافعي؛ لأن شرط الخيار يثبت في البيع بالنص بخلاف القياس، والإجارة ليست في معناه فلا يجوز شرط الخيار فيها[3].

وهذا لأن شرط الخيار للفسخ، ولا بد أن يتلف شيء من المعقود عليه في مدة الخيار وذا مانع من الفسخ إذ رد كل المعقود عليه بالفسخ مستحق بالخيار،

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٦٠).
(٢) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للشاشي (٥/ ٤٠٥).
(٣) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٥٠).

الْمُسْتَأْجِرَ لَا يُمْكِنُهُ رَدُّ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بِكَمَالِهِ لَوْ كَانَ الخِيَارُ لَهُ لِفَوَاتِ بَعْضِهِ، وَلَوْ كَانَ لِلْمُؤَجِّرِ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّسْلِيمُ أَيْضًا عَلَى الكَمَالِ، وَكُلُّ ذَلِكَ يَمْنَعُ الخِيَارَ. وَلَنَا: أَنَّهُ عَقْدُ مُعَامَلَةٍ لَا يُسْتَحَقُّ القَبْضُ فِيهِ فِي المَجْلِسِ فَجَازَ اشْتِرَاطُ الخِيَارِ فِيهِ كَالبَيْعِ، وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا دَفْعُ الحَاجَةِ، وَفَوَاتُ بَعْضِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي الإِجَارَةِ لَا يَمْنَعُ الرَّدَّ بِخِيَارِ العَيْبِ، فَكَذَا بِخِيَارِ الشَّرْطِ، بِخِلَافِ البَيْعِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ رَدَّ الكُلِّ مُمْكِنٌ فِي البَيْعِ دُونَ الإِجَارَةِ فَيُشْتَرَطُ فِيهِ دُونَهَا، وَلِهَذَا يُجْبَرُ المُسْتَأْجِرُ عَلَى القَبْضِ، إِذَا سَلَّمَ

ولا يقدر المستأجر على رد المعقود عليه على الكمال لو كان الخيار له، ولا يقدر المؤجر على التسليم أيضًا على الكمال لو كان الخيار له بخلاف البيع.

(ولنا أنه)، أي: عقد الإجارة (**عقد معاملة**)، وهذا احتراز عن النكاح فإن مطلق المعاملة ينصرف إلى المعاوضات، وفي بعض النسخ: (**عقد مقابلة**)، أي: معاوضة لا يستحق القبض فيه في المجلس، واحترز به عن الصرف والسلم فإن قبض البدل في المجلس شرط فيهما فلم يجز فيهما شرط الخيار، وإذا لم يستحق القبض فيه في المجلس ويحتمل الفسخ بالإقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع، وهذا لأن شرط الخيار إنما يثبت في البيع لدفع الغبن بالتروي فيه إذ البيع يقع بغتة، فالشرع أثبت الخيار ثم دفعها لهذه الحاجة، والإجارة في هذا كالبيع لأنها تقع بغتة وربما يغبن فيها فشرع الخيار فيها دفعًا للغرور، ومنعًا لِلُّزوم كذا في تعليقات البزدوي.

وهذا معنى قوله: (**والجامع دفع الحاجة**).

قوله: (**وفوات بعض المعقود عليه بالإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب**)، أي: بالإجماع، فكذا لا يمنع الرد بخيار الشرط، بخلاف البيع فإن فوات بعض المعقود عليه يمنع الرد بخيار العيب والشرط.

(وهذا)، أي: الفرق بين البيع والإجارة (**أن رد الكل ممكن في البيع دون الإجارة فيشترط رد الكل فيه**)، أي: في البيع (**دونه**) أي: دون عقد الإجارة لما أن التكليف بحسب الوسع والطاقة، وهذا جواب عن حرف الخصم.

وقوله: (**ولهذا يجبر المستأجر**) إلى آخره نتيجة قولنا، أما عند الشافعي لا [٢/٣٢٦/ب] يجبر، وللمستأجر الفسخ في باقي المدة.

الْمُؤَجَّرَ بَعْدَ مُضِيِّ بَعْضِ الْمُدَّةِ.

قَالَ: (وَتُفْسَخُ الإِجَارَةُ بِالأَعْذَارِ) عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: لَا تُفْسَخُ إِلَّا بِالعَيْبِ؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ عِنْدَهُ بِمَنْزِلَةِ الأَعْيَانِ حَتَّى يَجُوزُ العَقْدُ عَلَيْهَا فَأَشْبَهَ البَيْعَ. وَلَنَا: أَنَّ المَنَافِعَ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ، وَهِيَ المَعْقُودُ عَلَيْهَا فَصَارَ العُذْرُ فِي الإِجَارَةِ كَالعَيْبِ قَبْلَ القَبْضِ فِي البَيْعِ فَتَنْفَسِخُ بِهِ، إِذْ المَعْنَى يَجْمَعُهُمَا وَهُوَ عَجْزُ العَاقِدِ عَنْ المُضِيِّ فِي مُوجِبِهِ، إِلَّا بِتَحَمُّلِ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ بِهِ، ....

يعني إذا استأجر دارًا سنة حتى مضى شهر ثم تحاكما لم يكن للمستأجر أن يمتنع من القبض في باقي السنة عندنا، ولا للمؤاجر أن يمنعه من ذلك.

وقال الشافعي: للمستأجر أن يفسخ العقد فيما بقي، بناءً على أصله أن المنافع في حكم الأعيان، فبفوات بعض ما تناوله العقد يخير فيما بقي لاتحاد الصفقة، وتفرقت الصفقة عليه قبل التمام، وذلك مثبت حق الفسخ كما لو اشترى شيئين وهلك أحدهما، وعندنا عقد الإجارة في حكم عقود متفرقة حتى يتجدد انعقاده بحسب حدوث المنفعة فلا يمكن تفرق الصفقة مع تفرق العقود.

قوله: (وقال الشافعي لا تُفسخُ بالأعذار إلا بالعيب)، وبه قال مالك، وأحمد، وأبو ثور، وعند شريح يفسخ بعذر وبغير عذر فإن الإجارة عنده عقد غير لازم؛ لأنه عقد على المعدوم فلا يتعلق به اللزوم، كالعارية والجواز للحاجة، ولا حاجة إلى إثبات صفة اللزوم.

قوله: (فأشبه البيع)، فكما أن البيع لا يفسخ إلا بالعيب فكذا الإجارة.

ولنا أن العذر في الإجارة كالعيب الحاصل قبل القبض في البيع، وهذا لأن المعقود عليه وهو المنافع لا تصير مقبوضة إلا بالاستيفاء، والإجارة تفسخ بالعيب الحاصل قبل القبض، والجامع بينهما عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر زائد.

(لم يستحق به)، أي: بالعقد فإن عندنا جواز هذا العقد للحاجة، ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين، فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذنا فيه بأصل القياس، وقلنا: العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه، والإضافة في

وَهَذَا هُوَ مَعْنَى العُذْرِ عِنْدَنَا (وَهُوَ كَمَنْ اسْتَأْجَرَ حَدَّادًا لِيَقْلَعَ ضِرْسَهُ لِوَجَعٍ بِهِ، فَسَكَنَ الوَجَعُ، أَوْ اسْتَأْجَرَ طَبَّاخًا لِيَطْبُخَ لَهُ طَعَامَ الوَلِيمَةِ، فَاخْتَلَعَتْ مِنْهُ، تُفْسَخُ الإِجَارَةُ)؛ لِأَنَّ فِي المُضِيِّ عَلَيْهِ إِلْزَامَ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالعَقْدِ (وَكَذَا مَنْ اسْتَأْجَرَ دُكَّانًا فِي السُّوقِ لِيَتَّجِرَ فِيهِ فَذَهَبَ مَالُهُ، وَكَذَا مَنْ أَجَّرَ دُكَّانًا، أَوْ دَارًا، ثُمَّ أَفْلَسَ، وَلَزِمَتْهُ دُيُونٌ لَا يَقْدِرُ عَلَى قَضَائِهَا إِلَّا بِثَمَنِ مَا أَجَّرَ، فَسَخَ القَاضِي العَقْدَ وَبَاعَهَا فِي الدُّيُونِ)؛ لِأَنَّ فِي الجَرْيِ عَلَى مُوجِبِ العَقْدِ إِلْزَامَ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالعَقْدِ وَهُوَ الحَبْسُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَا يُصَدَّقُ عَلَى عَدَمِ مَالٍ آخَرَ.

ثُمَّ قَوْلُهُ: «فَسَخَ القَاضِي العَقْدَ» إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يَفْتَقِرُ إِلَى قَضَاءِ القَاضِي فِي النَّقْضِ، وَهَكَذَا ذَكَرَ فِي «الزِّيَادَاتِ» فِي عُذْرِ الدَّيْنِ، وَقَالَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَكُلُّ مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ عُذْرٌ فَإِنَّ الإِجَارَةَ فِيهِ تُنْتَقَضُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى قَضَاءِ القَاضِي.

وَوَجْهُهُ: أَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ العَيْبِ قَبْلَ القَبْضِ فِي المَبِيعِ عَلَى مَا مَرَّ، فَيَنْفَرِدُ العَاقِدُ بِالفَسْخِ. وَوَجْهُ الأَوَّلِ: أَنَّهُ فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ ....

عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية، كذا في المبسوط[1].

قوله: **(فاختلعت)** أي: المرأة **(منه)** أي: من الزوج أو ماتت المرأة ففي هذين الصورتين تنفسخ الإجارة بالإجماع.

قوله: **(تنتقض بدون القضاء)**، أما بدون فسخ أحدهما فلا عند عامة المشايخ، فإن محمدًا لم يذكر في شيء من الكتب هذا، وإشارات الكتب متعارضة ففي بعضها يشير إلى أنه ينفسخ بنفس العذر، به أخذ بعض المشايخ. وفي عامتها يشير إلى أنه يحتاج فيه إلى الفسخ وعليه عامة المشايخ، وهو الصحيح.

ثم يحتاج إلى القضاء أم لا فيه خلاف كما ذكر في المتن.

قوله: **(إنه فصل مجتهد فيه)**؛ لأن فيه خلاف الأئمة الثلاثة.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٢).

فَلَا بُدَّ مِن إِلْزَامِ القَاضِي، وَمِنهُمْ مَنْ وَفَّقَ فَقَالَ: إِذَا كَانَ العُذْرُ ظَاهِرًا لَا يَحْتَاجُ إِلَى القَضَاءِ لِظُهُورِ العُذْرِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ظَاهِرٍ كَالدَّيْنِ يَحْتَاجُ إِلَى القَضَاءِ لِظُهُورِ العُذْرِ (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيُسَافِرَ عَلَيْهَا، ثُمَّ بَدَا لَهُ مِن السَّفَرِ: فَهُوَ عُذْرٌ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَضَى

قوله: (العذر ظاهرًا) بأن ماتت المرأة أو اختلعت فيما إذا استأجره لطبخ طعام الوليمة، أو مات الولد إذا استأجره لِيَخْتِنَهُ.

وقال المحبوبي: هو الصحيح، أي: التوفيق فيما ذكر في الزيادات محمول على عذر يحتمل الاشتباه كما إذا لحق المؤجر وهو يدعي أنه لا وفاء له إلا من ثمن ما أجر؛ لأنه يحتمل أن يكون له وفاء من غير المستأجر، فيحتاج فيه إلى القضاء ليزول الاشتباه بالقضاء ويظهر العذر.

وما ذكر محمد في الجامع والأصل محمول على ما إذا كان العذر واضحًا لا اشتباه فيه فلا يحتاج إلى القضاء.

وجعل شمس الأئمة ما ذكر في الزيادات أصح؛ لأنه فصل مجتهد فيه فيحتاج فيه إلى القضاء، ذكره في المبسوط[١].

ثم اختلفوا في فسخ القاضي، قيل: يبيع الدار فينفذ البيع فتنفسخ الإجارة ضمنًا، وإنما لا تنقض الإجارة قصدًا لأنه لو نقضها قصدًا بما لا يتفق البيع فيكون النقض إبطالًا لحق المستأجر قصدًا وأنه لا يجوز.

وقيل: تفسخ الإجارة ثم يبيع.

وفي الذخيرة: لو أظهر المستأجر في الدار الشر كشرب الخمر، وأكل الربا، والزنا، واللواطة يؤمر بالمعروف وليس للمؤجر ولا لجيرانه أن يخرجوه من الدار، وذلك لا يصير عذرًا في فسخ الإجارة، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة.

وفي الجواهر: إن رأى السلطان أن يخرجه فعل، وقال ابن حبيب المالكي: لو أظهر الفسق في دار نفسه ولم يمتنع بالأمر بالمعروف ويقول: داري أنا آتي فيها ما شئت، تباع عليه داره[٢].

قوله: (ثم بدا له) أي: للمستأجر، يقال: بدا له في هذا الأمر بداءً

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٣).

(٢) انظر: المدونة لابن القاسم (٣/ ٥٢٥).

عَلَى مُوجِبِ العَقْدِ يَلْزَمُهُ ضَرَرٌ زَائِدٌ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَذْهَبُ لِلْحَجِّ فَذَهَبَ وَقْتُهُ، أَوْ لِطَلَبِ غَرِيمِهِ فَحَضَرَ، أَوْ لِلتِّجَارَةِ فَافْتَقَرَ (وَإِنْ بَدَا لِلْمُكَارِي فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعُذْرٍ)؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَقْعُدَ وَيَبْعَثَ الدَّوَابَّ عَلَى يَدِ تِلْمِيذِهِ، أَوْ أَجِيرِهِ (وَلَوْ مَرِضَ الْمُؤَاجِرُ فَقَعَدَ فَكَذَا الْجَوَابُ) عَلَى رِوَايَةِ الأَصْلِ. وَرَوَى الكَرْخِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ عُذْرٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرَى عَنْ ضَرَرٍ، فَيُدْفَعُ عَنْهُ عِنْدَ الضَّرُورَةِ دُونَ الِاخْتِيَارِ (وَمَنْ آجَرَ عَبْدَهُ، ثُمَّ بَاعَهُ: فَلَيْسَ بِعُذْرٍ)؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الضَّرَرُ بِالْمُضِيِّ عَلَى مُوجِبِ عَقْدٍ، وَإِنَّمَا يَفُوتُهُ الِاسْتِرْبَاحُ، وَأَنَّهُ أَمْرٌ زَائِدٌ ....

(ممدود)، أي: نشأ له فيه رأي، وهو ذو بدوات.

قوله: **(ولو مرض المؤاجر)** أي: المكاري، هذه المسألة في مرض المكاري، والأولى في بدائه، فكذا الجواب على رواية الأصل لا يمكنه أن يرسل [٢/ ٣٢٧/أ] من يتعاهد الدابة، وعلى رواية الكرخي عذر لأنه إذا مرض بعذر خروجه لا باختياره، وغيره لا يشفق على دابته ولا يتعاهدها مثله فيدفع عنه الضرورة أما إذا أراد أن يعقد باختياره فقد ترك الخروج باختياره فعليه أن يقيم غيره مقامه.

قوله: **(فليس بعذر)**، أي: هذا البيع في فسخ الإجارة إذا لم يكن عليه بدون الوفاء من غيره لأنه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد، وإنما الحجر عن التصرف قبل المدة يلزمه بالتزامه، وإنما يفوته الاسترباح بأن يتصرف فيه قبل مضي المدة ويستربح.

(وأنه) أي: الاسترباح **(أمر زائد)** إذ لو نقضنا الإجارة به لما سلمت إجارة أبدًا، ولبطلت حوائج الناس.

ثم هل يجوز هذا البيع؟ اختلفت الرواية فيه.

قال شمس الأئمة: والصحيح من الرواية أن البيع موقوف على سقوط حق المستأجر، وليس للمستأجر أن يفسخ البيع، وإليه مال الصدر الشهيد، حتى لو قال: ينبغي أن يكتب المفتي في جوابه: لا يجوز في حق المستأجر ولو جاء أيام الفسخ ينعقد البيع وتنفسخ الإجارة.

أما إذا تعذر الدين وحبس في الدين يجوز كما ذكرنا، قال عليه الصلاة

(وَإِذَا اسْتَأْجَرَ الخَيَّاطُ غُلَامًا، فَأَفْلَسَ وَتَرَكَ العَمَلَ: فَهُوَ العُذْرُ)؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ الضَّرَرُ بِالمُضِيِّ عَلَى مُوجِبِ العَقْدِ لِفَوَاتِ مَقْصُودِهِ وَهُوَ رَأْسُ مَالِهِ، وَتَأْوِيلُ المَسْأَلَةِ: خَيَّاطٌ يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ، أَمَّا الَّذِي يَخِيطُ بِأَجْرٍ فَرَأْسُ مَالِهِ الخَيْطُ وَالمَخِيطُ وَالمِقْرَاضُ فَلَا يَتَحَقَّقُ الإِفْلَاسُ فِيهِ. (وَإِنْ أَرَادَ تَرْكَ الخِيَاطَةِ، وَأَنْ يَعْمَلَ فِي الصَّرْفِ: فَلَيْسَ

والسلام: «إِذَا اسْتَقْبَلَكَ بلاءٌ فاجْعَلْ مالَكَ دُونَ نَفْسِكَ».

فإن قيل ينبغي أن لا يحبسه القاضي إذا علم أن الحق المستأجر تعلق بماله، بل يؤخر الحبس إلى انقضاء مدة الإجارة.

قلنا: القاضي لا يصدقه في أنه لا وفاء له إلا من ثمن المستأجر فيحبسه لهذا، كذا في الذخيرة، وجامع المحبوبي، وعند مالك، وأحمد، والشافعي في قولٍ يصح هذا البيع، ويجب التسليم عند انقضاء الإجارة.

وقال الشافعي في قولٍ: يصح البيع من المستأجر دون غيره؛ لأن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم فيمنع صحته.

قيل في جوابه منعت التسليم من المال لا في الوقت الذي يجب التسليم، ويكفي القدرة على التسليم في وقته كالمُسْلَم فيه، وعندهم لو يعلم المشتري بالإجارة فله الخيار بين الفسخ والإمضاء لأن ذلك عيب ونقص.

قوله: (وتأويل المسألة خياط يعمل) بأن يشتري الثياب ويخيطها ويبيعها كما هو عرف أهل الكوفة لا الخياط الذي يعمل للناس قد يعجز عن ذلك بأن تظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن معاملته وتسليم العمل إليه، كذا في الذخيرة.

قوله: (ثم سافر فهو عذر)(١)، أي: قصد السفر؛ لأن الحجز عن السفر لاستخدام العبد يضره ضررًا غير مستحق بالعقد لما فيه من تعطيل مصالح السفر، وخدمة السفر أشق على العبد فلا يجبر أن يسافر معه فيكون عذرًا.

وفي الذخيرة: لو قال المؤجر للقاضي إنه لا يريد السفر، ولكن يريد فسخ الإجارة، وقال المستأجر: أريد السفر، فيقول القاضي للمستأجر: مع من يخرج؟ فإن قال: مع فلان وفلان، فالقاضي يسألهم أن فلانًا، فهل يخرج

---

(١) انظر المتن ص ٣٣٩.

بِعُذْرٍ)؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يُقْعِدَ الغُلَامَ لِلْخِيَاطَةِ فِي نَاحِيَةٍ، وَهُوَ يَعْمَلُ فِي الصَّرْفِ فِي نَاحِيَةٍ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دُكَّانًا لِلْخِيَاطَةِ فَأَرَادَ أَنْ يَتْرُكَهَا وَيَشْتَغِلَ بِعَمَلٍ آخَرَ، حَيْثُ جَعَلَهُ عُذْرًا ذَكَرَهُ فِي الأَصْلِ؛ لِأَنَّ الوَاحِدَ لَا يُمْكِنُهُ الجَمْعُ بَيْنَ العَمَلَيْنِ، أَمَّا هَاهُنَا العَامِلُ شَخْصَانِ فَأَمْكَنَهُمَا (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ غُلَامًا يَخْدُمُهُ فِي المِصْرِ، ثُمَّ سَافَرَ: فَهُوَ عُذْرٌ)؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرَى عَنْ إِلْزَامِ ضَرَرٍ زَائِدٍ؛ لِأَنَّ خِدْمَةَ السَّفَرِ أَشَقُّ، وَفِي المَنْعُ مِن السَّفَرِ ضَرَرٌ، وَكُلُّ ذَلِكَ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالعَقْدِ فَيَكُونُ عُذْرًا (وَكَذَا إِذَا أَطْلَقَ) لِمَا مَرَّ أَنَّهُ يَتَقَيَّدُ بِالحَضَرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا آجَرَ عَقَارًا ثُمَّ سَافَرَ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ، إِذْ المُسْتَأْجِرُ يُمْكِنُهُ اسْتِيفَاءُ المَنْفَعَةِ مِن المَعْقُودِ عَلَيْهِ بَعْدَ غَيْبَتِهِ، حَتَّى لَوْ أَرَادَ المُسْتَأْجِرُ السَّفَرَ فَهُوَ عُذْرٌ، لِمَا فِيهِ مِن المَنْعِ مِن السَّفَرِ، أَوْ إِلْزَامِ الأَجْرِ بِدُونِ السُّكْنَى وَذَلِكَ ضَرَرٌ.

مَسَائِلُ مَنْثُورَةٌ

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا، أَوْ اسْتَعَارَهَا: فَأَحْرَقَ الحَصَائِدَ فَاحْتَرَقَ شَيْءٌ مِن

معكم؟ وهل استعد للخروج؟ فإن قالوا: نعم، ثبت العذر، وإلا فلا.

وهذا لأن الخروج لا بد له من الاستعداد، قال تعالى: ﴿۞ وَلَوۡ أَرَادُواْ ٱلۡخُرُوجَ لَأَعَدُّواْ لَهُۥ عُدَّةً﴾ [التوبة:٤٦].

وقيل: القاضي يحكم بزيه وثيابه، فإن كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرًا إذا نوى، والسيما حجة عند اشتباه الحال.

وقيل: لو أنكر المؤجر السفر فالقول له.

وقيل: القاضي يُحَلِّف المستأجر: بالله إنك عزمت على السفر، وإليه مال القدوري، والكرخي.

وكذا لو خرج من المصر ثم عاد يحلف بالله: إنك قد خرجت قاصدًا إلى الموضع الذي ذكرت، ولو أراد رب العبد السفر لا يكون ذلك عذرًا لأنه يمكنه إيفاء المعقود عليه من غير أن يحبس نفسه في مكان معين بأن يخرج إلى السفر، ويخلي بين المستأجر وبين العبد.

مَسَائِلُ مَنْثُورَةٌ

حصد الزرع: جزَّه، من باب: طلب وضرب، والحصائد جمع حصيد،

أَرْضٍ أُخْرَى فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي هَذَا التَّسْبِيبِ، فَأَشْبَهَ حَافِرَ البِئْرِ فِي دَارِ نَفْسِهِ. وَقِيلَ: هَذَا إِذَا كَانَتْ الرِّيَاحُ هَادِئَةً ثُمَّ تَغَيَّرَتْ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ مُضْطَرِبَةً يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ مُوقِدَ النَّارِ يَعْلَمُ أَنَّهَا لَا تَسْتَقِرُّ فِي أَرْضِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَقْعَدَ الخَيَّاطُ أَوْ الصَّبَّاغُ فِي حَانُوتِهِ مَنْ يَطْرَحُ عَلَيْهِ العَمَلَ بِالنِّصْفِ: فَهُوَ جَائِزٌ) لِأَنَّ هَذِهِ شَرِكَةُ الوُجُوهِ فِي الحَقِيقَةِ، فَهَذَا بِوَجَاهَتِهِ يَقْبَلُ، وَهَذَا بِحَذَاقَتِهِ يَعْمَلُ، فَيَنْتَظِمُ بِذَلِكَ المَصْلَحَةُ، فَلَا تَضُرُّهُ الجَهَالَةُ فِيمَا يَحْصُلُ.

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ جَمَلًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مَحْمِلًا وَرَاكِبَيْنِ إِلَى مَكَّةَ: جَازَ، وَلَهُ

وهو الزرع المحصود، وأريد هاهنا ما بقي من أصول القصب المحصود في الأرض، كذا في المغرب(١).

لأنه غير متعد في هذا التسبيب فإنه مسبب لا مباشر، والضمان بطريق التسبيب يعتمد التعدي في التسبيب.

ألا ترى أن من حفر بئرًا في ملكه فوقع فيها إنسان فهلك لا يضمن، ولو رمى سهما في ملكه فأصاب إنسانًا أو مالًا فهلك يضمن؛ لأنه مباشره فلم يتوقف على [٢/ ٣٢٧/ب] التعدي، وهذا لأن المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر، فأما التسبيب فليس بعلة فلا بد من صفة العدوان ليلحق بالعلة.

وإحراق الحصائد هنا مباح وليس بتعد فلا يضاف التلف إليه.

(**وقيل هذا إذا كانت الرياح هادنة**(٢) حين أوقد النار، وقائله شمس الأئمة السرخسي، وهادنة بالنون: ساكنة من هدن إذا سكن، وفي نسخة: (**هادئة**) من هدأ بالهمز أي سكن.

قوله: (**إنها**)، أي: النار لا تستقر في أرضه، ولكن الريح تذهب بها إلى أرض الجيران فصار كأنه ألقاها في أرضهم.

قوله: (**فهو جائز**)، أي: استحسانًا لأنا إذا وجدنا سبيلًا إلى الحكم بجوازه - وهو شركة التقبل لا الإجارة، لأن تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس، والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ١١٧).

(٢) كتب تحت حرف النون نقطتان للدلالة على ورودها بالوجهين.

المَحْمِلُ المُعْتَادُ) وَفِي القِيَاسِ: لَا يَجُوزُ؛ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، لِلْجَهَالَةِ وَقَدْ يُفْضِي ذَلِكَ إِلَى المُنَازَعَةِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الرَّاكِبُ وَهُوَ مَعْلُومٌ، وَالمَحْمِلُ تَابِعٌ، وَمَا فِيهِ مِن الجَهَالَةِ يَرْتَفِعُ بِالصَّرْفِ إِلَى المُتَعَارَفِ، فَلَا يُفْضِي ذَلِكَ إِلَى المُنَازَعَةِ، وَكَذَا إِذَا لَمْ يَرَ الوَطَاءَ وَالدُّثُرَ. ....

متعارف - وجب القول بصحته، والقياس يأبى جوازه؛ لأنه إن كان شركة فرأس مال صاحب الدكان المنفعة، والمنافع لا تصلح رأس مال الشركة، وإن كان إجارة فاستأجره بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول.

وفي الاستحسان: هذا شركة الوجوه في الحقيقة فيجوز عندنا خلافًا للشافعي، والطحاوي أخذ في هذه المسألة القياس وقال: عندي القياس أولى من الاستحسان.

قوله: (وفي القياس لا يجوز، وهو قول الشافعي)، وأحمد لجهالة المحمل فإنه يتفاوت فيفضي إلى المنازعة فلا يجوز، كما في البيع.

وجه الاستحسان: أن المقصود هو الراكب وهو معلوم لأن أجسام الناس متقاربة في الغالب، وحكي ذلك عن مالك، والمحمل تابع للراكب، وجهالته ترتفع بالصرف إلى المعتاد فلا يفضي إلى المنازعة.

قوله: (إذا لم ير الوطاء والدثر)، الوطاء: الفرش المفروشة، وبالفارسية: (يستر كسترده)، والدثار: كل ما كان من الثياب فوق الشعار، وبالفارسية: (جامة بزتر جامه)، والشعار: (جامه ايد روني).

وفي المحيط: استأجر بعيرين إلى مكة ليحمل على أحدهما محملًا فيه رجلان ومالهما من الوطاء والدثر، ولم ير الحمال الوطاء والدثر، وعلى الآخر زاملة عليه كذا مختومًا من السويق، وما يصلحه من الزيت والخل، وما يكفي من الماء، ولم يبين قدره، وما يصلح من الحبل والمعاليق من القربة والمضاءة والمطهرة ولم يبين وزنه، أو شرط أن يحمل من هدايا مكة ما يحمل الناس، فهذا جائز استحسانًا للتعارف، وله أن يحمل ما هو متعارف(١).

---

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٧/ ٤٦٥).

قَالَ: (وَإِنْ شَاهَدَ الجَمَّالُ المَحمِلَ: فَهُوَ أَجْوَدُ)؛ لِأَنَّهُ أَنْفَى لِلْجَهَالَةِ وَأَقْرَبُ إِلَى تَحَقُّقِ الرِّضَا. قَالَ: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مِقْدَارًا مِن الزَّادِ، فَأَكَلَ مِنهُ فِي الطَّرِيقِ: جَازَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ عِوَضَ مَا أَكَلَ)؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ حِمْلًا مُسَمًّى فِي جَمِيعِ الطَّرِيقِ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ (وَكَذَا غَيْرُ الزَّادِ مِن المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ) وَرَدُّ الزَّادِ مُعْتَادٌ عِنْدَ البَعْضِ كَرَدِّ المَاءِ، فَلَا مَانِعَ مِن العَمَلِ بِالإِطْلَاقِ.

وحكي مثله عن مالك، وقال الشافعي وأحمد: لا بد من معرفة المحمل، والوطاء، والدثر، والمعاليق، وتقدير الزاملة لما ذكرنا أنه مجهول جهالة تفضي إلى المنازعة وهو القياس.

واختلف أصحاب الشافعي في المعاليق كالقدر ومثله، فقيل: لا يجوز حتى يعرف قولًا واحدًا، وقيل: فيه قولان، أحدهما: يفتقر إلى المعرفة، والثاني: لا يفتقر ويحمل على العرف فيها.

قوله: (**جاز له أن يرد عوض ما أكل**)، وبه قال الشافعي في قولٍ، وأحمد، وفي قولٍ: يعتبر العرف، إن جرى بالاستبدال يستبدل، وإلّا لا، وبه قال مالك.

وهذا الخلاف إذا أطلق، أما إذا شرط الاستبدال يستبدل بلا خلاف، ولو شرط عدم الاستبدال لا يستبدل بلا خلاف، ولو سرق أو هلك بغير أكل، أو بأكل غير معتاد يستبدل بلا خلاف.

قوله: (**ورد الزاد معتاد عند البعض**) جواب إشكال مقدر، وهو أن يقال: مطلق العقد محمول على العادة، وفي عادة المسافرين لا يردون شيئًا مكان ما أكلوا، فقال في جوابه: العرف مشترك فإنه معتاد عند بعض الناس، فكان العمل بالإطلاق أولى وهو أن المكاري قَبِلَ حملَ المسمَّى من موضع إلى موضع، وإنما يكون ذلك بِرَدِّ ما انتقص، والإشكال مع جوابه مذكور في شرح الأقطع.

وفي المحيط: اشترط عقبة الأجير، وهو أن يستأجرها اثنان ينزل أحدهما ويركب الآخر، ولم يبينا مقدار ركوب كل واحد جاز للعرف، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وقال المزني: لا يجوز اكتراء العقبة إلا مضمونة في الذمة، وهو أن يبين مقدار ركوب كل واحد بالزمان، أو الفرسخ.

والحاصل أن اكتراء الظهر مبني على العرف إذ المعروف كالمشروط.

كِتَابُ المُكَاتَبِ

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ المَوْلَى عَبْدَهُ أَوْ أَمَتَهُ عَلَى مَالٍ شَرَطَهُ عَلَيْهِ وَقَبِلَ العَبْدُ ذَلِكَ:

(كِتَابُ الْمُكَاتَبِ)

أورد الكتابة بعد [٢/٣٢٨/أ] الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة، وبهذا يحترز عن البيع، والطلاق، والعتاق.

وقدَّم الإجارة لأنه أشبه بالبيع من حيث التمليك، والشرائط، وجريانه في غير المولى وعبده.

ثم من محاسنه أن العبد به يصل إلى شرف الحرية في الدنيا، ويكتسب أسباب السعادة العقباوية، والمولى يصل إلى المال مع الثواب.

ومن محاسنه أيضًا: الاستنان بسنة الله فإن الخلق كلهم عبيد الله تعالى وإماؤه، ولكن أعطاهم من حرية اليد والملك الظاهر بقدر ما يسعون في فكاك رقبتهم، وبدل كتابهم الوفاء بعهوده بائتمار أوامره، والانزجار عن نواهيه، فمن وفى بعهوده خلص من عقابه.

ثم الكتابة لغةً: مأخوذ من الكتب، وهو الجمع والضم، يقال: كتبتُ البغلة إذا ضممت بين شفريها بحلقة، والشفران طرفا الفرج، أو القربة، أو حرزتها، ومنه كتب الكتاب، أي: جمع الحروف، والكتيبة: الطائفة من الجيش لانضمام بعضهم إلى بعض.

ويسمى هذا العقد كتابة لما فيه ينضم النجم إلى النجم، أو لأنه يوثق بالكتابة، ولهذا قال تعالى: ﴿فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وشرعًا: عقد بلفظ الكتابة، أو بلفظ يؤدي معناه يوجب التحرير يدًا في الحال، ورقبة في المآل، ولا يلزم عليه تعليق العتق على مال؛ لأنه لا يحتاج فيه

صَارَ مُكَاتَبًا) أَمَّا الجَوَازُ: فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] **وَهَذَا لَيْسَ أَمْرَ إِيجَابٍ بِإِجْمَاعٍ بَيْنَ الفُقَهَاءِ، وَإِنَّمَا هُوَ أَمْرُ نَدْبٍ،** ....

إلى لفظ الكتابة، بل يحصل بقوله: أعتقتك على كذا، والفرق بينهما في الحكم أن الكتابة عقد يُقالُ ويفسخ ولا يُملَكُ بيع المكاتب، والإعتاق على مال من جانب المولى يمين والمكاتِبُ يَمْلك كتابة عبده، ولا يملك الإعتاق على مال، ذكره في المبسوط[(١)].

وسبب الكتابة: الرغبة الباعثة للمولى والعبد على مقصودهما الذي ذكرناه في محاسنها.

وركنها: الإيجاب والقبول.

وشرطها: قيام الرِّقّ في المحلِّ، وكون المال المسمى معلوم القدر والجنس أيضًا.

وحكمها: ثبوت حرية اليد للعبد في الحال، وثبوت حرية الرقبة عند أداء البدل، ومن جانب المولى: ثبوت ولاية المطالبة ببدلها في الحال، وثبوت الملك فيه إذا قبضه.

قوله: (أما الجواز)، اعلم أن الكتابة جائزة لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور:٣٣]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «**مَن أعانَ غارِمًا أو غازِيًا أو مُكاتَبًا في كِتابَتِهِ أظلَّهُ اللهُ يومَ لا ظِلَّ إلّا ظِلُّهُ**»[(٢)]، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «**أيُّما عَبْدٍ كَتَبَ**»[(٣)]، والأحاديث في الباب كثيرة، وأجمعت الأمة على جوازه.

وبقوله: (بإجماع الفقهاء) يحترز عن قول داود ومن تابعه، وعمرو بن دينار، وعطاء، ورواية صاحب التقريب من أصحاب الشافعي، رواية عن أحمد

---

(١) المبسوط للسرخسي (٨/ ٢).

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٤٨٧ رقم ١٦٠٢٩)، والحاكم (٢/ ٢١٨ رقم ٢٨٦٠) من حديث سهل بن حنيف رضي الله عنه.

قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه.

(٣) تقدم تخريجه في المتن.

هُوَ الصَّحِيحُ. وَفِي الحَمْلِ عَلَى الإِبَاحَةِ إِلْغَاءُ الشَّرْطِ إِذْ هُوَ مُبَاحٌ بِدُونِهِ، أَمَّا النَّدْبِيَّةُ مُعَلَّقَةٌ بِهِ، وَالمُرَادُ بِالخَيْرِ المَذْكُورِ عَلَى مَا قِيلَ: أَنْ لَا يَضُرَّ بِالمُسْلِمِينَ بَعْدَ العِتْقِ،

فإنهم قالوا: تجب الكتابة إذا سأل العبد إن كان العبد ذا أمانة وذا كسب؛ إذ الأمر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية.

قلنا: الوجوب يبطل أثر الملك، واحتكم المماليك على المالكين وهذا خلاف الأصول، وفيه نوع تأمل.

وشنع ابن حزم على الفقهاء في هذه المسألة، وهذا من غاية تعصبه، وقال: إن عمر جبر أنسًا على كتابة سيرين.

وقلنا: فِعلُ أنس يخالف قول عمر.

قوله: (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا أنه قال: أمر إباحة، وقوله ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور:٣٣] مذكور على وفاق العادة؛ لأن المولى إنما يكاتب عبده إذا علم فيه خيرًا لأن فيه إلغاء الشرط إذ الإباحة ثابتة بدون هذا الشرط، وكلام الله تعالى منزه عن هذا.

(أما الندبية متعلقة به)، أي: بعلم الخير؛ لأن المولى إنما يندب أن يكاتب عبده إذا علم فيه خيرًا، كذا في المبسوط[1].

قوله: (والمراد بالخير المذكور على ما قيل) إلى آخره، وفسر الشافعي الخيرية بالأمانة والكسب، وبه قال مالك، وعمرو بن دينار، وأحمد، وهو قولنا أيضًا.

وعن ابن عباس، وابن عمر، وعطاء: الخير: الكسب خاصة، وعن الثوري، والحسن البصري أنه الأمانة والدين خاصة.

وقيل: الخير: الوفاء بالأمانة والصلاح.

ولو فقد الأمانة والكسب لا تكره الكتابة عندنا، والشافعي، ومالك، وقال أحمد وإسحاق، وأبو الحسين بن القطان من [٢/ ٣٢٨/ ب] أصحاب الشافعي: يكره.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٨/ ٣).

فَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِهِمْ، فَالأَفْضَلُ أَنْ لَا يُكَاتِبَهُ وَإِنْ كَانَ يَصِحُّ لَوْ فَعَلَهُ.

وَأَمَّا اشْتِرَاطُ قَبُولِ العَبْدِ: فَلِأَنَّهُ مَالٌ يَلْزَمُهُ فَلَا بُدَّ مِن التِزَامِهِ وَلَا يُعْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ كُلِّ البَدَلِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَيُّمَا عَبْدٍ كُوتِبَ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشَرَةَ دَنَانِيرَ فَهُوَ عَبْدٌ» وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ» وَفِيهِ اخْتِلَافُ الصَّحَابَةِ ﷺ، وَمَا اخْتَرْنَاهُ قَوْلُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ﷺ، وَيُعْتَقُ بِأَدَائِهِ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ المَوْلَى إِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ، لِأَنَّ مُوجِبَ العَقْدِ يَثْبُتُ مِن غَيْرِ

ويشترط قبول العبد البدل بلا خلاف، ولا يعتق إلا بأداء كل البدل، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

(وفيه) أي: في وقت عتق العبد (**اختلاف الصحابة**)، فقال ابن عباس: كما أخذ الصحيفة من مولاه عتق، يعني يعتق بنفس العقد وهو غريم المولى، وقال ابن مسعود: إذا أدى قدر قيمة نفسه يعتق، وفيما زاد يكون المولى غريمًا من غرمائه.

وقال علي: يعتق بقدر ما أدى، وبه قال أصحاب الظاهر.

وقال زيد بن ثابت مثل قولنا، واخترنا قوله لأنه مؤيد بما روينا، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**المكاتب عبد ما بقي عليه درهم**»، رواه أبو داود[(١)]، وبالمعنى فإن أحد البدلين لم يدخل في ملك المالك فلا يخرج البدل الآخر عن ملكه، ولأن بالكتابة يثبت للعبد ملك اليد، فأما العتق فمتعلق بشرط الأداء، والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزءًا، فما لم يُؤَدّق جميع البدل لم يعتق، كذا في المبسوط[(٢)].

قوله: (**ويعتق بأدائه**)، أي: بأداء البدل وإن لم يقل المولى: إذا أدَّيتها فأنتَ حرٌّ، وبه قال مالك، وأحمد، وقال الشافعي: لا يعتق ما لم يقل: كاتبتُكَ على كذا، إن أدَّيتَه فأنتَ حرٌّ.

وفي شرح الوجيز: ولو لم يصرح بتعليق العتق بالأداء ولكن نواه بقلبه:

---

(١) تقدم تخريجه في المتن.

(٢) المبسوط للسرخسي (٧/ ٢٠٦).

التَّصْرِيحِ بِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، وَلَا يَجِبُ حَطُّ شَيْءٍ مِن الْبَدَلِ اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ.

كاتبتُكَ على كذا، صحت الكتابة، وإن لم يصرح بالتعليق ولا نواه لم يحصل العتق ولم تصح الكتابة[١].

وعن بعض أصحابه: إن كان الرجل فقيهًا صحت كتابته بمجرد لفظ: كاتبتك على كذا، وإلا فلا بد من تعليق الحرية، أو بينة.

وأصل الاختلاف راجع إلى تفسير الكتابة شرعًا، فعنده: ضم نجم إلى نجم، فلو صرح وقال: ضربت عليك ألفًا على أن تؤديها إليَّ في كل شهر كذا، لا يعتق، وكذا إذا قال: كاتبتك، ولم يقل: إن أدّيتَ فأنتَ حرٌّ، لا يعتق، فكذا هنا.

وعندنا تفسيرها ضم حرية اليد[٢] إلى حرية الرقبة عند الأداء، فلا يحتاج إلى تعليق العتق بالأداء؛ لأن العتق عند الأداء حكم العقد، وحكم العقد يثبت بدون التصريح به كما في البيع، كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: (ولا يجب حط شيء من البدل)، بل هو مندوب، وبه قال مالك، والثوري، وقال الشافعي، وأصحاب الظاهر، وأحمد: يجب.

وفي وقت وجوبه وجهان، أحدهما: بعد العتق، والثاني: بعد أداء أكثر البدل.

وقدره قد نص الشافعي أنه يجزئ ما يقع عليه اسم المال، للشافعي قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور:٣٣]، ومطلق الأمر للوجوب، وعن علي مرفوعًا وموقوفًا أنه عليه الصلاة والسلام قرأ هذه الآية وقال: «**هُوَ ربعُ بدَلِ الكِتابةِ**».

واختلف أقوال الصحابة في قدر المحطوط، فنأخذ بالأقل لأنه متيقن، وعند أحمد: يجب قدر ربع البدل بأثر عليٍّ.

ولنا أن هذا عقد معاوضة فلا يجب الحط فيه كما في سائر المعاوضات، وهذا لأن الكتابة موجب للبدل فلا يجوز أن تكون موجبًا إسقاطه إذ الشيء لا

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (١٣/ ٤٤٣).

(٢) في الأصل: (البدل)، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ المَالَ حَالًّا، وَيَجُوزُ مُؤَجَّلًا وَمُنَجَّمًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ حَالًّا، وَلَا بُدَّ مِن نَجْمَيْنِ، لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنْ التَّسْلِيمِ فِي زَمَانٍ

يتضمن ضده، والأمر في قوله ﴿وآتوهم﴾ للندب؛ لأنه معطوف على الأمر بالكتابة؛ لأن الأصل أن يكون حكم المعطوف حكم المعطوف عليه، كذا في المبسوط[1].

ورد عليه بأن هذه جملة تامة فلا توجب المشاركة، كما في قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [النور: ٥٦].

وأجيب: ليس هذا مثل تلك الجملة؛ لأن الثانية مرتبطة بالأولى برجوع الضمير إليها فلم تكن مستبدة بنفسها فصح الاستدلال بالعطف، وفيه نوع تأمل.

وعن الكلبي: المراد بالإيتاء دفع الصدقة إليهم، رواه عن جماعة من الصحابة، وهو الظاهر؛ لأن الإيتاء يدل على التمليك، وذا في التصدق عليهم؛ لأن الحط لا يكون إيتاء، ولا يطلق عليه اسم الإيتاء.

وقال ابن حزم في المُحلَّى: الشافعي ناقض فحمل قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ الآية على الندب، وقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم﴾ على الوجوب، وهذا تحكم، وأبو حنيفة ومالك قالا كلاهما: للندب ﴿وَءَاتُوهُم﴾ الآية أمر للسيد وغيره بالإيتاء، وهو باطل؛ لأنه معطوف على قوله ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ فيكون المأمورون بالكتابة هم المأمورون بالإيتاء[2].

قلنا: نعم مأمورون بالإيتاء من مال الصدقة لا بالحط من البدل كما روي عن جماعة من الصحابة.

قوله: (وقال الشافعي لا يجوز حالًّا)، فلا بد أن يكون منجمًا، وأقله نجمان اتباعًا للسلف فإنهم لم يعقدوا الكتابة إلا على [٢/ ٣٢٩/أ] عوض مؤجل، وبه قال أحمد في ظاهر روايته.

ولأنه على تقدير الحلول تتوجه المطالبة في الحال وهو لا يقدر على أدائه لأنه كان مملوكًا لا يقدر على شيء، وفي زمان يسير لا تثبت القدرة عادة على

---

(١) المبسوط للسرخسي (٧/ ٢٠٧). (٢) المحلى (٨/ ٢٥٣).

قَلِيلٍ، لِعَدَمِ الأَهْلِيَّةِ قَبْلَهُ لِلرِّقِّ، بِخِلَافِ السَّلَمِ عَلَى أَصْلِهِ، لِأَنَّهُ أَهْلٌ لِلْمِلْكِ فَكَانَ احْتِمَالُ القُدْرَةِ ثَابِتًا، وَقَدْ دَلَّ الإِقْدَامُ عَلَى العَقْدِ عَلَيْهَا فَيَثْبُتُ. وَلَنَا: ظَاهِرُ مَا تَلَوْنَا مِن غَيْرِ شَرْطِ التَّنْجِيمِ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، وَالبَدَلُ مَعْقُودٌ بِهِ فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ فِي البَيْعِ فِي عَدَمِ اشْتِرَاطِ القُدْرَةِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ السَّلَمِ عَلَى أَصْلِنَا، لِأَنَّ المُسَلَّمَ فِيهِ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ فَلَا بُدَّ مِن القُدْرَةِ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ مَبْنَى الكِتَابَةِ عَلَى المُسَاهَلَةِ فَيُمْهِلُهُ المَوْلَى ظَاهِرًا، بِخِلَافِ السَّلَمِ لِأَنَّ مَبْنَاهُ عَلَى المُضَايَقَةِ وَفِي الحَالِ كَمَا امْتَنَعَ مِن الأَدَاءِ يُرَدُّ

الكسب على مال كثير، والعجز الطارئ يبطل الكتابة، فلأن يمنع انعقادها أولى.

(**بخلاف السلم**)، أي: الحال (**على أصله**)، أي: أصل الشافعي حيث جوزه لأنه عقد جرى بين الحُرَّيْنِ، والظاهر هو القدرة على ما التزمه لكونه أهلًا للملك قبل العقد، وقد قام دليل القدرة وهو الإقدام على العقد.

ولنا ظاهر ما تلونا وهو قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ من غير قيد التأجيل والتنجيم، فلا يزاد على النص بالرأي، وبقولنا قال مالك.

ذكر في الجواهر: قال أبو بكر: ظاهر قول مالك أن التنجيم والتأجيل شرط فيه، ثم قال: علماؤنا النظار يقولون إن الكتابة الحالَّة جائزة ويسمونها قطاعة، وهو القياس(١).

(**ولأنه**) أي: عقد الكتابة عقد معاوضة، والبدل معقود به كالثمن في البيع حتى صح الاستبدال به قبل القبض، والقدرة على تسليم الثمن في البيع ليس بشرط بالإجماع، فكذا القدرة على تسليم بدل الكتابة لا يشترط.

بخلاف السلم على أصلنا؛ لأن المسلم فيه معقود عليه، والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع ما ليس عند الإنسان(٢)، فشرطنا الأجل في السلم لتثبت القدرة على التسليم في المدة.

(**لأن مبناه**) أي: مبنى السلم (**على المضايقة**) والمماكسة، فالظاهر أنه لا

---

(١) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٣/ ١٢٠٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٣ رقم ٣٥٠٥)، والترمذي (٢/ ٥٢٥ رقم ١٢٣٢)، والنسائي (٧/ ٢٨٩ رقم ٤٦١٣)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٧ رقم ٢١٨٧) من حديث حكيم بن حزام ﵁.
وحسنه الترمذي.

إِلَى الرِّقِّ.

قَالَ: (وَتَجُوزُ كِتَابَةُ العَبْدِ الصَّغِيرِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ الشِّرَاءَ وَالبَيْعَ) لِتَحَقُّقِ الإِيجَابِ

يؤخر عند توجه المطالبة نحوه.

فإن قيل: الخصم استدل بالقياس أيضًا فكانا متعارضين، فأين يثبت رجحان دليلكم؟

قلنا: رجحان دليلنا ظاهر؛ لأن ما استدللنا به دائر بين شرط الجواز وعدمه، وما استدل به الخصم بين علامة الوجود وعدمه، والشرط أكثر تأثيرًا في الحكم من العلامة، يعني قول الخصم: أن الظاهر من حال العبد أنه مفلس؛ لأنه لم يكن مالكًا لشيء قبل العقد، فقد التزم الأداء بالعقد، فيجب أن يكون قادرًا على الأداء حتى يتحقق ما هو المقصود للمولى في هذا العقد بخلاف المسلم إليه فإنه حر، فبالتزامه يعلم أنه قادر على تسليم المسلم إليه.

وقلنا: عدم قدرة العبد ممتدًّا إلى مقدار نجمين ليس بأمر لازم؛ لأن الجائز أن يرزق العبد بعد العقد مالًا بطريق الهبة، والزكاة، والوصية، أو بالتجارة، أو جرى عقد الكتابة على المملحة[1] على قدر من الملح فيمكن تسليم الملح عقيب العقد.

وما قال بعض أصحاب الشافعي أن الملك بالهبة، أو الوصية، أو التجارة يحتاج إلى القبول - وذلك يتأخر عن العقد، وكذا لا يملك الملح بدون الأخذ فيتأخر عن العقد - غير قويّ؛ لأن الأداء بعد العقد والقدرة شرط للأداء، ولئن سلم إفلاسه فإفلاسه واقع في المعقود به، وذلك غير مضر لصحة العقد كما في البيع.

أما السلم فيجب أن يكون مؤجلًا لأن الأجل هناك قائم مقام المسلم فيه وهو المعقود عليه، وملك المعقود عليه شرط لصحة العقد كما في البيع، فما كان قائمًا مقامه وهو الأجل ينبغي أن يكون شرطًا لأن ما هو شرط لصحة الشيء فالذي يقوم مقامه عند عدمه شرطًا أيضًا كالتيمم للصلاة عند عدم الماء، أو

---

(١) في النسخة الثانية: (المصلحة).

وَالقَبُولِ، إِذْ العَاقِلُ مِن أَهْلِ القَبُولِ وَالتَّصَرُّفُ نَافِعٌ فِي حَقِّهِ. وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِيهِ،

الوضوء، كذا في المبسوط.

يؤيده ما روي عن ابن عباس أنه قال: حدثني سلمان: أن رجلًا من بني قريظة ابتاعني فأسلمت، وشغلني الرق حتى فاتتني بدر، ثم قال لي رسول الله ﷺ: «**كاتِب**»، فسألت صاحبي ذلك حتى كاتبني على أن أحيي له ثلاثمائة نخلة بأربعين أوقية من ذهب، فأخبرت النبي ﷺ بذلك فقال: «**إذا أَرَدْتَ أن تَضَعَها فَلا تَضَعْها حتّى تَأتينِي فَتُؤْذِنِّي فأكونُ أنا الذي وَضَعَها**»، فأعانني أصحابي حتى حَيِيْتُ، ثم جئت رسول الله ﷺ قلت: بقيت الذهب، فبينا رسول الله ﷺ إذ جاءه رجل بمثل البيضة من الذهب أصابها من بعض المعادن، فقال عليه الصلاة والسلام: «**ما فعلَ الفارِسيُّ المُكاتَبُ المسكينُ، ادْعوهُ**»، فَدُعيتُ فجِئتُ، فقال عليه الصلاة والسلام: «**اِذهَبْ بهذِهِ فأدِّها ممّا عليكَ مِنَ المالِ**»، فوالذي نفسي بيده لقد وزنت منها أربعين أوقية حتى أوفيه الذي عليَّ، قال: فأُعتِقَ سلمان وشهد الخندق وبقية مشاهد رسول الله عليه الصلاة والسلام(١).

قال ابن حزم: لا نظر مع صحة الخبر.

فإن قيل: عتق سلمان باعتبار أن سيده كافر فعتق بذلك.

قلنا: [٢/ ٣٢٩/ ب] عتق العبد المسلم بكفر سيده عرف من عبيد أهل الطائف، والطائف بعد الخندق، وكذا قوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء:١٤١] بعد الخندق، نقل من المحلى(٢).

قوله: (**والشافعي يخالفنا فيه**) حتى لم يُجَوِّزْ كتابة العبد الصغير المميز بإذن وليه، أو بغير إذن وليه، وكتابة السيد إذن له على القبول، وكذا على مال يجوز بإذن وليه في القبول خلافًا للشافعي، أما الصغير غير المميز والمجنون لا تجوز

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٤٤١ رقم ٢٣٧٨٨).

قال الهيثمي: رجالها رجال الصحيح غير محمد بن إسحاق وقد صرح بالسماع. مجمع الزوائد (٩/ ٣٣٦).

(٢) المحلى لابن حزم (٨/ ٢٢٥).

وَهُوَ بِنَاءً عَلَى مَسْأَلَةِ إِذْنِ الصَّبِيِّ فِي التِّجَارَةِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ لَا يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ، لِأَنَّ الْقَبُولَ لَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُ فَلَا يَنْعَقِدُ الْعَقْدُ، حَتَّى لَوْ أَدَّى عَنْهُ غَيْرُهُ لَا يَعْتِقُ وَيَسْتَرِدُّ مَا دَفَعَ.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: جَعَلْتُ عَلَيْكَ أَلْفًا تُؤَدِّيهَا إِلَيَّ نُجُومًا، أَوَّلُ النَّجْمِ كَذَا وَآخِرُهُ كَذَا، فَإِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ وَإِنْ عَجَزْتَ فَأَنْتَ رَقِيقٌ فَإِنَّ هَذِهِ مُكَاتَبَةٌ) لِأَنَّهُ أَتَى بِتَفْسِيرِ الْكِتَابَةِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا أَدَّيْت إِلَيَّ أَلْفًا، كُلَّ شَهْرٍ مِائَةً فَأَنْتَ حُرٌّ، فَهَذِهِ مُكَاتَبَةٌ فِي رِوَايَةِ أَبِي سُلَيْمَانَ. لِأَنَّ التَّنْجِيمَ يَدُلُّ عَلَى الْوُجُوبِ وَذَلِكَ بِالْكِتَابَةِ.

كتابته بالإجماع.

قوله: (حتى لو أدى عنه) أي: عن الصغير غير المميز، وقيل مولاه (لم يعتق)؛ لأن أداء البدل إنما يتصور في عقد منعقد لا في عقد باطل، ويرد المال على صاحبه لأنه أداه باعتبار سبب باطل.

قوله: (لأنه) أي: المولى أتى بتفسير الكتابة، وفي الكافي: صح استحسانًا، والقياس أن لا يصح؛ لأن ذكر النجوم فضل في الكتابة عندنا، وجود ذكرها كعدمها، فبقي قوله: قد جعلت عليك ألف درهم، وهو بظاهره ضريبة، وقوله: إن أَدَّيتَ فأنت حرٌّ، هو تعليق.

وجه الاستحسان أن العبرة في العقود للمعاني، ألا ترى أن المضاربة بشرط الربح كله لرب المال بضاعة، وبشرطه الضمان إقراض، وقد وجد معنى الكتابة هنا؛ لأن معنى الكتابة سنة وعادة، هذا وعند الإطلاق يصح فعند التفسير أولى.

ولا بد من ذكر قوله: فإن أديت فأنت حر، هنا بخلاف قوله: كاتبتك، فإن الاحتمال ينعدم هاهنا إذ موجب الكتابة العتق عند الأداء صرح بقوله: إن أديت فأنت حُرٌّ ولم يصرح، وأما قوله: إن عجِزْتَ فأنتَ رقيق، فضلٌ غير محتاج إليه لا هنا ولا في قوله: كاتبتُكَ، وإنما ذكره للتفسير، وحث العبد على أداء المال عند النجوم، كذا في الجامع الصغير لشمس الأئمة السرخسي.

قوله: (لأن التنجيم يدل على الوجوب)؛ إذ التنجيم يستعمل للتيسير، وذا إنما يكون عند الوجوب؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده دينًا إلا في

وَفِي نُسَخِ أَبِي حَفْصٍ: لَا تَكُونُ مُكَاتَبَةً اعْتِبَارًا بِالتَّعْلِيقِ بِالأَدَاءِ مَرَّةً.

قَالَ: (وَإِذَا صَحَّتْ الكِتَابَةُ: خَرَجَ المُكَاتَبُ عَنْ يَدِ المَوْلَى، وَلَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ) أَمَّا الخُرُوجُ مِن يَدِهِ: فَلِتَحْقِيقِ مَعْنَى الكِتَابَةِ، وَهُوَ الضَّمُّ فَيَضُمُّ مَالِكِيَّةَ يَدِهِ إِلَى مَالِكِيَّةِ نَفْسِهِ، أَوْ لِتَحْقِيقِ مَقْصُودِ الكِتَابَةِ، وَهُوَ أَدَاءُ البَدَلِ فَيَمْلِكُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ وَالخُرُوجَ إِلَى السَّفَرِ وَإِنْ نَهَاهُ المَوْلَى، وَأَمَّا عَدَمُ الخُرُوجِ عَنْ مِلْكِهِ: فَلِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، وَمَبْنَاهُ عَلَى المُسَاوَاةِ، وَيَنْعَدِمُ ذَلِكَ بِتَنَجُّزِ العِتْقِ، وَيَتَحَقَّقُ بِتَأَخُّرِهِ، لِأَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ نَوْعُ مَالِكِيَّةٍ وَيَثْبُتُ لَهُ فِي الذِّمَّةِ حَقٌّ مِن وَجْهٍ ....

الكتابة، فعرف أن المولى قصد بالتنجيم إيجاب المال بطريق الكتابة، كذا ذكره شيخ الإسلام.

قوله: (وفي نسخ أبي حفص) أي: روايته: (لا تكون مكاتبة)، قال فخر الإسلام في مبسوطه: وهو الأصح؛ لأن التنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى يجعل تفسيرًا للكتابة؛ لأن الكتابة تخلو من التنجيم فيكون إذنًا لا كتابةً، كما لو قال: إذا أدَّيتَ ألفًا في هذا الشهر فأنتَ حرٌّ.

قوله: (ولم يخرج عن ملكه)، يحترز عن قول ابن عباس بأن عَتَقَ بمجرد العقد كما ذكرنا.

قوله: (والخروج إلى السفر وإن نهاه المولى)، وبه قال أحمد، والشافعي في قولٍ، وقال في قولٍ: لا يخرج إلى السفر بغير إذن السيد، وهو قول مالك.

وفصَّل بعض أصحاب الشافعي فقال: إن كان السفر طويلًا لا يخرج بغير إذن السيد لتضرر السيد به، وإن كان قصيرًا يخرج.

وقلنا: مقصود المولى من إثبات المالكية له بالعقد أن يتمكن من أداء البدل، وربما لا يتمكن من الأداء إلا بالخروج للسفر.

وقوله: (لما روينا)، إشارة إلى قوله: «**المُكاتَبُ عبدٌ ما بَقِيَ علَيهِ دِرهمٌ**»(١)، وذلك أي: المساواة على تأويل التساوي.

قوله: (ويثبت له في الذمة حق من وجه)، يعني أصل البدل يجب للمولى

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٠، رقم ٣٩٢٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٣٢٤ رقم ٢١٤٢٧).

(فَإِنْ أَعْتَقَهُ عَتَقَ بِعِتْقِهِ) لِأَنَّهُ مَالِكٌ لِرَقَبَتِهِ (وَسَقَطَ عَنْهُ بَدَلُ الكِتَابَةِ) لِأَنَّهُ مَا التَزَمَهُ إِلَّا مُقَابَلًا بِحُصُولِ العِتْقِ بِهِ وَقَدْ حَصَلَ دُونَهُ. قَالَ: (وَإِذَا وَطِئَ المَوْلَى مُكَاتَبَتَهُ: لَزِمَهُ العُقْرُ) لِأَنَّهَا صَارَتْ أَخَصَّ بِأَجْزَائِهَا تَوَسُّلًا إِلَى المَقْصُودِ بِالكِتَابَةِ، وَهُوَ الوُصُولُ إِلَى البَدَلِ مِن جَانِبِهِ وَإِلَى الحُرِّيَّةِ مِن جَانِبِهَا بِنَاءً عَلَيْهِ، وَمَنَافِعُ البُضْعِ مُلْحَقَةٌ بِالأَجْزَاءِ وَالأَعْيَانِ (وَإِنْ جَنَى عَلَيْهَا أَوْ عَلَى وَلَدِهَا لَزِمَتْهُ الجِنَايَةُ) لِمَا بَيَّنَّا ....

في ذمته بنفس العقد، ولكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه إلا بالقبض؛ لأن ثبوته في ذمته مع المنافي إذ المولى لا يستوجب على عبده دينًا، ولهذا لا تصح الكفالة به، فيثبت للعبد بمقابلته مالكية ضعيفة أيضًا، فإذا تم الملك للمولى بالقبض تم المالكية للعبد، وتمام مالكيته لا يكون إلا بالعتق فيعتق لضرورة إتمام المالكية.

(**فإن أعتقه**)، أي: قبل أداء البدل (**عتق**)؛ **لأنه مالك لرقبته**.

قوله: (**لزمه العقر**)، وبه قال الشافعي، وقال مالك: لا عقر عليه، وقال أحمد: أن يثبت على المكاتبة أن يطأها لا عقر عليه، وإلا يجب ويؤدب لا وطء حرام، وعن الحسن البصري أنه قال: يجب الحدّ، لا وطء في غير ملكه(١).

وعندنا والشافعي إذا شرط وطأها تفسد الكتابة، وعند مالك يفسد الشرط ويصح العقد، وعند أحمد يصح العقد؛ لأنه شرط منفعتها مع بقاء ملكها فصار كما لو شرط خدمتها شهرًا.

وقلنا: هو شرط على خلاف مقتضى العقد إذ مقتضى العقد أن يكون أخص بمكاسبها وأجزائها ليتوسل(٢) إلى المقصود بالعقد وهو العتق بأداء البدل، ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء فيكون شرطًا على خلاف مقتضاه فيكون مفسدًا؛ لأن فيه نفعا لأحد العاقدين.

قوله: (بناء عليه) أي: على الوصول [٢/ ٣٣٠/أ] إلى البدل.

وقوله: (لما بينا)، إشارة إلى قوله: (لأنها صارت أخص بأجزائها)؛ إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفها المولى على تأويل أنه ملكه فلا يحصل مقصود العقد.

---

(١) في النسخة الثانية: (لأنه وطء في غير ملكه).
(٢) كذا بالمخطوط والصواب: (ليتوصل).

(وَإِنْ أَتْلَفَ مَالًا لَهَا غَرِمَ) لِأَنَّ الْمَوْلَى كَالأَجْنَبِيِّ فِي حَقِّ أَكْسَابِهَا وَنَفْسِهَا، إِذْ لَوْ لَمْ يُجْعَلْ كَذَلِكَ لَأَتْلَفَهُ الْمَوْلَى فَيَمْتَنِعُ حُصُولُ الْغَرَضِ الْمُبْتَغَى بِالْعَقْدِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

فَصْلٌ فِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ، أَوْ خِنْزِيرٍ، أَوْ عَلَى قِيمَةِ نَفْسِهِ: فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ) أَمَّا الأَوَّلُ: فَلِأَنَّ الْخَمْرَ وَالْخِنْزِيرَ لَا يَسْتَحِقُّهُ الْمُسْلِمُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فِي حَقِّهِ، فَلَا يَصْلُحُ بَدَلًا فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ.

وَأَمَّا الثَّانِي: فَلِأَنَّ الْقِيمَةَ مَجْهُولَةٌ قَدْرًا وَجِنْسًا وَوَصْفًا، فَتَفَاحَشَتْ الْجَهَالَةُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا كَاتَبَ عَلَى ثَوْبٍ أَوْ دَابَّةٍ، ....

فَصْلٌ فِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ

قوله: (فالكتابة فاسدة)، ولا يعلم فيه خلاف للأئمة الثلاثة.

وفي المبسوط: ويجب عليه قيمته، أي قيمة نفسه[1].

قوله: (فلأن القيمة مجهولة)، أي: جنسًا وقدرًا لأنها تارة تكون من الدراهم، وتارة من الدنانير، ويختلف مقدارها باختلاف المقوِّمين، (ووصفًا) أيضًا باعتبار صفة الدراهم.

قوله: (كما إذا كاتب على ثوب أو دابة) حيث تفسد الكتابة، والأصل أن ما صلح مهرًا في النكاح صلح بدلًا في الكتابة؛ لأنها مبادلة مال بما ليس بمال، إذ البدل في الحال مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال فصار كالنكاح.

فإن قيل: لو كاتبه على عبد يصح، وبه قال مالك، خلافًا للشافعي وأحمد، ويجب عليه قيمة عبد وسط، حتى لو أتى بالعبد الوسط أو قيمته يجبر المولى على القبول، وإن كانت القيمة تجب بهذه التسمية فينبغي أن يجوز إذا صرح بالقيمة.

قلنا: بتسمية العبد تجب القيمة ضمنًا وحكمًا لا قصدًا؛ لأنه نص على

---

(١) المبسوط للسرخسي (٧/ ٢١٤).

وَلِأَنَّهُ تَنْصِيصٌ عَلَى مَا هُوَ مُوجِبُ العَقْدِ الفَاسِدِ، لِأَنَّهُ مُوجِبٌ لِلْقِيمَةِ. قَالَ: (فَإِنْ أَدَّى الخَمْرَ: عَتَقَ) وَقَالَ زُفَرُ: لَا يُعْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ قِيمَةِ نَفْسِهِ، لِأَنَّ البَدَلَ هُوَ القِيمَةُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله: أَنَّهُ يُعْتَقُ بِأَدَاءِ الخَمْرِ، لِأَنَّهُ بَدَلٌ صُورَةً، وَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ القِيمَةِ

تسمية العبد، وقد يثبت الشيء ضمنًا وحكمًا لغيره وإن كان لا يثبت قصدًا كبيع الأجنة ونحوها، ولأنه يصار إلى القيمة لعدم تعيين العبد وهو ليس من ذوات الأمثال فتكون جهالة القدر طارئة لا مقارنة، كذا في المبسوط.

وفيه: فإن قيل: هلا جعلت قوله (كاتبتكَ على ثوبٍ) كناية عن قوله (إن أدّيتَ إليَّ ثوبًا فأنت حرٌّ)؛ فإن في هذه الصورة يعتق بأداء الثوب.

فإن قلنا: لا يمكن ذلك؛ لأن الكتابة متى صحت كان حكمه تعليق العتق بثوب معين لا ثوب مجهول الجنس، فلا يمكننا أن نجعله كناية عنه(١).

وفي الذخيرة: **قوله: (فإن أدى الخمر عتق).**

وفي المبسوط: قبل المرافعة إلى القاضي وقد كان قاله: إذا أديته، ولم يقل بعتق؛ لأن العقد منعقد مع فساده فيعتق بالأداء، وعليه قيمة نفسه؛ لأن العقد فاسد فيلزمه رد رقبته لأجل الفساد، وقد تعذر رده بعتقه فيلزمه قيمته، كما في الشراء الفاسد إذا أعتق المشتري المبيع بعد القبض(٢).

قوله: (لأن البدل هو القيمة)، أي: في الكتابة الفاسدة.

وفي الكافي: ذكر في الهداية: إلا بأداء قيمة الخمر، وهو مشكل (لأنه)(٣) مخالف لعامة الروايات، وكأنه وقع في بعض نسخ الهداية كذلك، وإلا النسخة الصحيحة: (لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه) كما هو مذكور في عامة النسخ.

قوله: (وعن أبي يوسف) إلى آخره، وهذا الحكم ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة ذكره في المبسوط، والذخيرة، فعلى هذا ينبغي أن لا يخص أبا يوسف، وأن لا يذكر بكلمة (عن).

---

(١) المبسوط للسرخسي (٨/ ٨).
(٢) المبسوط للسرخسي (٧/ ٢١٤).
(٣) في نسخة المخطوط: (لا).

أَيْضًا، لِأَنَّهُ هُوَ البَدَلُ مَعْنًى.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّهُ إِنَّمَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ عَيْنِ الخَمْرِ إِذَا قَالَ: إِنْ أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ، لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ العِتْقُ بِالشَّرْطِ لَا بِعَقْدِ الكِتَابَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا كَاتَبَ عَلَى مَيْتَةٍ أَوْ دَمٍ، وَلَا فَصْلَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَوَجْهُ الفَرْقِ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ المَيْتَةِ: أَنَّ الخَمْرَ وَالخِنْزِيرَ مَالٌ فِي الجُمْلَةِ، فَأَمْكَنَ اعْتِبَارُ مَعْنَى العَقْدِ فِيهِ، وَمُوجِبُهُ العِتْقُ عِنْدَ أَدَاءِ العِوَضِ المَشْرُوطِ.

وَأَمَّا المَيْتَةُ: فَلَيْسَتْ بِمَالٍ أَصْلًا، فَلَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ مَعْنَى العَقْدِ، فِيهِ فَاعْتُبِرَ فِيهِ مَعْنَى الشَّرْطِ وَذَلِكَ بِالتَّنْصِيصِ عَلَيْهِ (وَإِذَا عَتَقَ بِأَدَاءِ عَيْنِ الخَمْرِ: لَزِمَهُ أَنْ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ) لِأَنَّهُ وَجَبَ عَلَيْهِ رَدُّ رَقَبَتِهِ لِفَسَادِ العَقْدِ وَقَدْ تَعَذَّرَ بِالعِتْقِ فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ كَمَا فِي البَيْعِ الفَاسِدِ إِذَا تَلِفَ المَبِيعُ. قَالَ: (وَلَا يَنْقُصُ عَنْ المُسَمَّى وَيُزَادُ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ عَقْدٌ فَاسِدٌ فَتَجِبُ القِيمَةُ عِنْدَ هَلَاكِ المُبْدَلِ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ كَمَا فِي البَيْعِ الفَاسِدِ، وَهَذَا لِأَنَّ المَوْلَى مَا رَضِيَ بِالنُّقْصَانِ، وَالعَبْدُ رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ كَيْ لَا يَبْطُلَ حَقُّهُ فِي العِتْقِ أَصْلًا، فَتَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ، وَفِيمَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى قِيمَتِهِ يُعْتَقُ بِأَدَاءِ

قوله: (وصار كما إذا كانت على ميتة أو دم) حيث لا يعتق بأدائهما إلا إذا قال المولى: إذا أديت الميتة أو الدم فأنت حرٌّ، أما إذا لم يقل فلا يعتق بأداء الميتة أو الدم؛ لأن العقد لم ينعقد أصلًا فيعتبر فيه التعليق.

(ولا فصل في ظاهر الرواية)، يعني يعتق بأداء الخمر سواء كان قال في العقد: إن أديت الخمر فأنت حر أو لم يقل ذلك.

قوله: (كيلا يبطل حقه) أي: حق العبد في العتق.

فإن قيل: هذا الإبطال إذا لم يعتق بأداء عين الخمر أما إذا عتق فلا يلزم هذا.

قلنا: يحتمل أن القاضي يرى صحة ما روي عن أبي حنيفة فيما إذا كاتبه على خمر ولم يقل: إن أدّيتها فأنت حر، فأدّى الخمر لا يَعتِقُ، فلو قضى بذلك الرواية يبطل حقه في العتق.

ثم قوله: (كيلا يبطل حقه في العتق)، تعليل لقوله: (والعبد رضي بالزيادة)؛

الْقِيمَةِ لِأَنَّهُ هُوَ الْبَدَلُ.

وَأَمْكَنَ اعْتِبَارُ مَعْنَى الْعَقْدِ فِيهِ وَأَثَرُ الْجَهَالَةِ فِي الْفَسَادِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى ثَوْبٍ، ....

لأنه يمكن أن يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وإن بطل حقه في العتق لأن ذلك نفع مشوب بالضرر؛ لأن تحمل الزيادة أضر عليه من العتق، وكم من عبد لا يرضى بنفس العتق من غير بدل[1]، وفي وقت عزة الطعام فأولى أن لا يرضى عند إيجاب الزيادة على المسمى.

والأولى في التعليل أن يقال: لما عقد مع مولاه عقد الكتابة الفاسدة وأقدم عليه باختياره ورضاه كان قابلًا قيمة نفسه بالغًا ما بلغت، إذ [٢/ ٣٣٠/ ب] قيمة نفسه قد تربو على المسمى.

(لأنه هو البدل) أي: القيمة على تأويل المذكور، أو ذكره بتذكير الخير.

وفي الذخيرة، ومبسوط شيخ الإسلام: وقيمته تعرف بتصادقهما؛ لأن الحق فيما بينهما لا يعدوهما كضمان الغصب، والبيع الفاسد، وإما بتقويم المقومين.

ثم لو اختلف المقومون، فإن اتفق الاثنان منهم على شيء يجعل ذلك قيمة له، ولو اختلفا في ذلك لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين؛ لأن شرط العتق لا يثبت إلا بيقين.

وقوله: **(وأثر الجهالة في الفساد)** جواب إشكال وهو أن يقال: لأن القيمة مجهولة كجهالة الثوب، كما يجيء.

قوله: **(بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب)**، وكذا لو كاتبه على دابة لا يجوز أيضًا، ولا يعتق بأداء ثوب أو دابة.

فإن قيل: المسمى ثوب، وهذا الاسم حقيقة لما أدى فينبغي أن يعتق بأدائه وإن لم يكن هو البدل حكمًا، كما لو كاتبه على خمر فأدى الخمر.

قلنا: نعم المسمى ثوب، ولكن الثياب متفاوتة تفاوتًا فاحشًا فلا وجه لتعيين هذا الثوب مسمى؛ لأنه لو تعين لم يرجع المولى عليه بشيء آخر؛ لأنه

---

(١) في نسخة المخطوط: (بذل).

حَيْثُ لَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ ثَوْبٍ، لِأَنَّهُ لَا يُوقَفُ فِيهِ عَلَى مُرَادِ العَاقِدِ لِاخْتِلَافِ أَجْنَاسِ الثَّوْبِ فَلَا يَثْبُتُ العِتْقُ بِدُونِ إِرَادَتِهِ.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ إِنْ كَاتَبَهُ عَلَى شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لِغَيْرِهِ: لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ.

وَمُرَادُهُ شَيْءٌ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، حَتَّى لَوْ قَالَ: كَاتَبْتُك عَلَى هَذِهِ الأَلْفِ الدَّرَاهِمِ،

مال متقوم وقد سلم، وفي هذا ضرر عليه، فلدفع الضرر عنه لم يتعين، ولأن هذا بمنزلة اسم المشترك وفي المشترك لا يتعين شيء بمطلق الاسم ولا عموم له أيضًا، فلهذا لا يعتق بأدائه، كذا في المبسوط.

ولأنه إنما يعتق بتسليم ما يصلح بدلًا والقيمة تصلح بدلًا في العقد الفاسد، أما الثوب فلا يصلح بدلًا بحال لا في الفاسد ولا في الصحيح.

فإن قيل: الكتابة على القيمة كالكتابة على الثوب في الجهالة فإن القيمة مجهولة قدرًا وجنسًا كما ذكر أولًا، وإذا أدى القيمة يعتق فينبغي أن يعتق بأداء الثوب.

قلنا: ذكر الفرق في الذخيرة حيث قال: إن في الكتابة شيئين معاوضة، وتعليق عتق بأداء العوض، أما معاوضة فلوجود العوض من الجانبين، وأما تعليق عتق بالأداء فإن التعليق يُعَلِّق العتق بشرط في المستقبل وفي الكتابة ذلك، فقلنا القيمة تصلح عوضًا لأنها معلومة الجنس، وتصير معلومة القدر أيضًا عند الأداء، فإذا صلح عوضًا وهو ملفوظ به تعلق العتق بأدائه.

أما الثوب لا يصلح بدلًا في المعاوضات؛ لأنها مجهولة الجنس والقدر فلا يتعلق العتق بأدائه؛ لأن عتق المكاتب تعلق بأداء العوض، فلهذا لا يعتق بأدائه.

ثم الكتابة على قيمته جائزة عندنا ومالك، وعند الشافعي وأحمد لا يجوز.

قوله: (ومراده شيء يتعين بالتعيين)؛ كالعبد والثوب وغيرهما من المكيل والموزون لا تجوز الكتابة عندنا والشافعي وأحمد، وقال مالك: يجوز ويشتريه ويؤديه، وإن لم يبعه الغير يؤدي قيمته ويجوز عندنا إذا كان مالًا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير، وعند الشافعي وأحمد لا يجوز فيه لتعين الدراهم والدنانير

وَهِيَ لِغَيْرِهِ: جَازَ، لِأَنَّهَا لَا تَتَعَيَّنُ فِي المُعَاوَضَاتِ فَيَتَعَلَّقُ بِدَرَاهِمِ دَيْنٍ فِي الذِّمَّةِ، فَيَجُوزُ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي رِوَايَةِ الحَسَنِ: أَنَّهُ يَجُوزُ، حَتَّى إِذَا مَلَكَهُ وَسَلَّمَهُ يُعْتَقُ، وَإِنْ عَجَزَ يُرَدُّ فِي الرِّقِّ، لِأَنَّ المُسَمَّى مَالٌ وَالقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ مَوْهُومٌ فَأَشْبَهَ الصَّدَاقَ. قُلْنَا: إِنَّ العَيْنَ فِي المُعَاوَضَاتِ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ وَالقُدْرَةُ عَلَى المَعْقُودِ عَلَيْهِ شَرْطٌ لِلصِّحَّةِ إِذَا كَانَ العَقْدُ يَحْتَمِلُ الفَسْخَ كَمَا فِي البَيْعِ، بِخِلَافِ الصَّدَاقِ فِي النِّكَاحِ، لِأَنَّ القُدْرَةَ عَلَى مَا هُوَ المَقْصُودُ بِالنِّكَاحِ لَيْسَ بِشَرْطٍ، فَعَلَى مَا هُوَ تَابِعٌ فِيهِ أَوْلَى.

عندهما، فصار كعين تتعين بالتعيين، وعند أبي حنيفة يجوز، حتى إذا ملكه وسلم يعتق، وقال أشهب المالكي: إذا ملكه قبل الفسخ وسلمه جاز.

قوله: (فأشبه الصداق) فإنه إذا أمهر عند الغير تصح التسمية، فكذا هاهنا صح التسمية، فإذا قدر على تسليمه جاز وإذا عجز رُدَّ إلى الرق.

قوله: (قلنا العين في المعاوضة)، وفي بعض النسخ: (في المعاوضات)، والمراد من العين هذه بدل الكتابة، ولا يقال: البدل في الكتابة كالثمن في البيع فينبغي أن لا يشترط القدرة على بدل الكتابة [كما لا يشترط على الثمن في البيع لأن في بدل الكتابة][١] شبهين، شبه الثمن لما أن التصرف فيه بالاستبدال جائز قبل القبض، وشبه بالمبيع من وجه آخر، وهو أن العجز عن تسليمه يوجب حق الفسخ كما في المبيع.

ثم لو كان ذلك عينًا صار عقد الكتابة بمنزلة بيع المقابضة فصار للبدل حكم المبيع من وجه حتى يشترط القدرة على تسليمه، وإذا كان غير عين لا يشترط القدرة عملا بالشبهين.

قوله: (على ما هو المقصود بالنكاح)، وهو منافع البضع، حتى لو تزوج رضيعة يصح، فعلى ما هو تابع - وهو الصداق في النكاح - أولى أن لا يشترط القدرة عليه، فعن محمد أنه يجوز البيع عند الإجارة، يعني إذا اشترى شيئًا بمال

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَلَوْ أَجَازَ صَاحِبُ العَيْنِ ذَلِكَ: فَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ يَجُوزُ، لِأَنَّهُ يَجُوزُ البَيْعُ عِنْدَ الإِجَازَةِ فَالكِتَابَةُ أَوْلَى. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِحَالِ عَدَمِ الإِجَازَةِ عَلَى مَا قَالَ فِي الكِتَابِ، وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا: أَنَّهُ لَا يُفِيدُ مِلْكَ المَكَاسِبِ وَهُوَ المَقْصُودُ، لِأَنَّهَا تَثْبُتُ لِلْحَاجَةِ إِلَى الأَدَاءِ مِنهَا وَلَا حَاجَةَ فِيمَا إِذَا كَانَ البَدَلُ عَيْنًا مُعَيَّنًا، وَالمَسْأَلَةُ فِيهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ، ....

الغير فأجازه الغير يجوز، مع أنه مبني على المضايقة، فالكتابة وهي مبنية على المسامحة أولى.

قوله: (على ما قال في الكتاب)، [٢/ ٣٣١/ أ] وهو قوله: **(وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لا يجوز)**[١].

(والجامع)، أي: المعنى الجامع بين المقيس عليه وهو الكتابة على العين الذي لم تلحقه الإجارة، وبين المقيس وهو الكتابة على عين الغير الذي لحقه الإجارة **(أنه)**، أي: عقد الكتابة **(لا يفيد ملك المكاتب)**، أي: في الحال، **(لأنه)** أي: ملك المكاتب، وفي بعض النسخ: **(لأنها)** أي: المكاسب.

(ولا حاجة فيما إذا كان البدل عينًا معينًا)، أي: لا حاجة إلى الأداء منه إذا كان البدل عينًا معينًا للغير؛ لأن العقد لم ينعقد إذا كان البدل عينًا للغير فلم يحتج إلى الأداء منه؛ لأن الاحتياج إليه عند صحة العقد.

وفي جامع أبي اليسر: الكتابة على شيء بعينه لغيره فاسد؛ لأنه لا يفيد ما هو المقصود بالعقد؛ لأن مقصوده صيرورة العبد أحق بمكاسبه فلا ينعقد العقد إذ كل عقد لا يفيد مقصوده لا ينعقد.

قوله: (والمسألة فيه)، أي: هذه المسألة التي كلامنا فيها مصورة فيما إذا كان البدل عينًا معينًا للغير.

وقيدنا بقوله: **(معينًا)** بعد قوله: **(عينًا)** احترازًا عن الدراهم والدنانير المعينة فإنها وإن عينت لا تتعين عندنا.

قوله: (وهكذا عن أبي يوسف)، رواه الحسن بن مالك عن أبي يوسف،

---

(١) انظر المتن ٣٥٩.

أَنَّهُ يَجُوزُ، أَجَازَ ذَلِكَ، أَوْ لَمْ يَجُزْ، غَيْرَ أَنَّهُ عِنْدَ الإِجَازَةِ يَجِبُ تَسْلِيمُ عَيْنِهِ، وَعِنْدَ عَدَمِهَا يَجِبُ تَسْلِيمُ قِيمَتِهِ كَمَا فِي النِّكَاحِ، وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا: صِحَّةُ التَّسْمِيَةِ لِكَوْنِهِ مَالًا، وَلَوْ مَلَكَ المُكَاتَبُ ذَلِكَ العَيْنَ، فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَوَاهُ أَبُو يُوسُفَ: أَنَّهُ إِذَا أَدَّاهُ لَا يُعْتَقُ، وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ: لَمْ يَنْعَقِدْ العَقْدُ إِلَّا إِذَا قَالَ لَهُ: إِذَا أَدَّيْت إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ، فَحِينَئِذٍ يُعْتَقُ بِحُكْمِ الشَّرْطِ، وَهَكَذَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَعَنْهُ: أَنَّهُ يُعْتَقُ قَالَ ذَلِكَ، أَوْ لَمْ يَقُلْ، لِأَنَّ العَقْدَ يَنْعَقِدُ مَعَ الفَسَادِ لِكَوْنِ المُسَمَّى مَالًا فَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ المَشْرُوطِ.

وَلَوْ كَاتَبَهُ عَلَى عَيْنٍ فِي يَدِ المُكَاتَبِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ الكِتَابَةِ عَلَى الأَعْيَانِ، وَقَدْ عُرِفَ ذَلِكَ فِي الأَصْلِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ الرِّوَايَتَيْنِ فِي «كِفَايَةِ المُنْتَهَى».

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ المَوْلَى إِلَيْهِ عَبْدًا بِغَيْرِ عَيْنِهِ

وهو قول زفر، ذكره في اختلاف زفر ويعقوب، وروى أصحاب الإملاء عنه أنه يعتق بالأداء قاله المولى ذلك أو لم يقل.

(**لأن العقد ينعقد**) إلى آخره، وجه قول أبي حنيفة أن ملك الغير لا يصير بدلًا في هذا العقد بتسميته؛ لأنه غير مقدور التسليم له فلم ينعقد العقد أصلًا، وإنما يكون العتق باعتبار التعليق بالشرط، فإذا لم يصرح بالتعليق لا يعتق كما لو كاتبه على ثوب أو ميتة.

قوله: (**على عين في يد المكاتب**) بأن كان مأذونًا في التجارة ففيه روايتان، والمراد عين معين سوى الدراهم والدنانير، فإنه لو كاتبه على دراهم أو دنانير في يد العبد من كسبه تجوز الكتابة باتفاق الروايات، ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه.

وفي الذخيرة: فيه روايتان، في رواية كتاب الشرب من الأصل، يجوز، وفي رواية كتاب المكاتب في الأصل: لا يجوز.

وهي مسألة الكتابة على الأعيان، وهي ما ذكر قبيل بقوله: (وإن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز)، وعن أبي حنيفة - رواه الحسن -: يجوز، وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهي.

وإنما أحاله ولم يورده لأنه يصير مطولًا غاية التطويل، والوجهان مذكوران

فَالكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: هِيَ جَائِزَةٌ[*]، وَيَقْسِم المِائَةَ الدِّينَارِ عَلَى قِيمَةِ المُكَاتَبِ وَعَلَى قِيمَةِ عَبْدٍ وَسَطٍ فَتَبْطُلُ مِنهَا حِصَّةُ العَبْدِ فَيَكُونُ مُكَاتَبًا بِمَا بَقِيَ)، لِأَنَّ العَبْدَ المُطْلَقَ يَصْلُحُ بَدَلَ الكِتَابَةِ وَيَنْصَرِفُ إِلَى الوَسَطِ، فَكَذَا يَصْلُحُ مُسْتَثْنًى مِنهُ ....

في الذخيرة بتمامهما، فقال: وجه رواية عدم الجواز أنَّا متى جوَّزنا الكتابة على [العين][(١)] لا يخلو إما أن يجعل العبد أحق بهذا العين أو لا، فإن لم يجعل لم تجز الكتابة لبقاء العين في ملك المولى رقبة ويدًا فلم يستفد المولى بهذا العقد شيئًا لا ملك التصرف، ولا ملك الرقبة، فصار كما لو اشترى من مأذونه شيئًا ولا دين عليه فلا يجوز، فكذا هذا.

ولو جعلنا العبد أحق به لا يجوز أيضًا؛ لأنه لا يتحقق معنى الكتابة؛ لأن تفسير الكتابة شرعًا: إيجاب الحُرّيتين على سبيل التعاقب حرية الرقبة مرتبًا على حرية اليد، ولو جوزنا بهذه الكتابة تثبت الحريتان لا على سبيل التعاقب فيكون إعتاقًا على مال، ولا يكون كتابة.

بخلاف ما لو كاتبه على الدراهم والدنانير فإنا لو جعلنا العبد أحق بها [يتحقق][(٢)] معنى الكتابة؛ لأن العقد لا يتعلق بعينها بل بمثلها في الذمة لما ذكرنا أنها لا تتعين في المعاوضات، وما يثبت في ذمته يملكه المولى على الحقيقة بالقبض لتوقف الملك في الدين على القبض فيتحقق معنى الكتابة.

ووجه الجواز أنه كاتبه على بدل معلوم مقدور التسليم فيجوز، كما يجوز لو كان في يده دراهم أو الدنانير ويصير العبد أحق بها فتفيد الكتابة فائدته.

وأما قوله: (إن الكتابة على العين لا تجوز)، لأنه تثبت الحُرِّيَّتان معًا فيكون إعتاقًا على مال لا كتابة، فقلنا: إنما صار هكذا أن لو جعلنا بدل الكتابة رقبة العوض، ونحن لا نجعل كذلك، بل نجعل بدلها ملك التصرف في العوض، وملك التصرف يصلح عوضًا.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَهُوَ الأَصْلُ فِي أَبْدَالِ العُقُودِ.

وَلَهُمَا: أَنَّهُ لَا يُسْتَثْنَى العَبْدُ مِن الدَّنَانِيرِ، وَإِنَّمَا تُسْتَثْنَى قِيمَتُهُ، وَالقِيمَةُ لَا تَصْلُحُ بَدَلًا فَكَذَلِكَ مُسْتَثْنًى.

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ: فَالكِتَابَةُ جَائِزَةٌ) استحساناً،

ألا ترى أن رب المال لو اشترى من مال المضاربة من المضارب ولا ربح يصح الشراء باعتبار ملك اليد والتصرف، فكذا هاهنا تصحيحًا للعقد بقدر الإمكان، فعلى هذا التقدير يثبت للمولى ملك التصرف بعد العتق، ويثبت للمكاتب [٢/ ٣٣١/ب] حرية اليد بنفس العقد، وحرية الرقبة بعدما يثبت ملك الرقبة للمولى بالقبض، فتثبت الحريتان على التعاقب.

قوله: (على عبد بغير عينه)[١]، قيد به إذ لو كان العبد معيَّنًا يجوز بالاتفاق لجواز بيع المعين بالاتفاق فكذا استثناؤه ذكره في المختلف، وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز في المعين وغيره لأنه شرط فاسد، أو صفقة في صفقة.

قوله: (وهو الأصل)، أي: أن كل ما يصلح بدلًا في المعاوضات يصلح استثناؤه، والعبد يصلح بدل الكتابة فيجب أن يصح استثناؤه من بدل الكتابة، وهما يسلمان هذا الأصل، ولكن يقولان: ذلك فيما صح استثناؤه من غير أن يورد فساد العقد، وهاهنا الاستثناء لا يصح لأن استثناء العبد من الدنانير لا يصح لاختلاف الجنس، واستثناء العبد من الدنانير إنما يصح بحسب قيمته لا بحسب نفس العبد، وقيمة العبد لا تصح بدل الكتابة، بل به تفسد الكتابة على ما مر، فكذا لا يصح استثناؤه.

والفرق ظاهر بين العبد وقيمته فإن الكتابة على العبد تصح وتصرف إلى الوسط كما في النكاح، والكتابة على قيمته فاسدة كما لو سمى في النكاح قيمة العبد لا تصح التسمية ويصار إلى مهر المثل؛ لأن الجهالة في العيب جهالة في الوصف لا في القدر، بخلاف الجهالة في القيمة لأنها متفاحشة من حيث القدر والجنس والوصف فيفسد بها العقد.

---

(١) انظر المتن ص ٣٦٢.

مَعْنَاهُ: أَنْ يُبَيِّنَ الجِنْسَ، وَلَا يُبَيِّنَ النَّوْعَ وَالصِّفَةَ (وَيَنْصَرِفُ إِلَى الوَسَطِ وَيُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ القِيمَةِ) وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ، أَمَّا إِذَا لَمْ يُبَيِّنْ الجِنْسَ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: دَابَّةٌ، لَا يَجُوزُ، لِأَنَّهُ يَشْمَلُ أَجْنَاسًا مُخْتَلِفَةً فَتَتَفَاحَشُ الجَهَالَةُ، وَإِذَا بَيَّنَ الجِنْسَ كَالعَبْدِ وَالوَصِيفِ فَالجَهَالَةُ يَسِيرَةٌ وَمِثْلُهَا يُتَحَمَّلُ فِي الكِتَابَةِ، فَتُعْتَبَرُ جَهَالَةُ البَدَلِ بِجَهَالَةِ الأَجَلِ فِيهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ، وَهُوَ القِيَاسُ، لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ فَأَشْبَهَ البَيْعَ.

قوله: (ومعناه أن يُبَيِّنَ الجنس)؛ كالعبد والفرس ولا يبين النوع كالتركي والهندي والصفة بأنه جيد أو رديء وينصرف إلى الوسط فيجوز العقد به، وبقولنا قال مالك.

قوله: (وقال الشافعي: لا يجوز)، وبه قال أحمد لأنه مجهول، فصار كما لو لم يسم جنسه بأن كاتبه على دابة، أو دار، أو ثوب، وصار كالبيع، والجامع أنها لا تصح إلا بتسمية البدل فكانت معاوضة كالبيع.

ولنا ما روي عن ابن عمر أنه أجاز الكتابة على الوصفاء، ولأن مبنى الكتابة على المسامحة والمساهلة فلا تفسد بالجهالة اليسيرة في البدل كالجهالة في الأصل، فإنه لو كاتبه على ألف إلى العطاء، أو إلى الحصاد، أو إلى الدياس ونحو ذلك يجوز استحسانًا لا قياسًا، بخلاف البيع لأن مبناه على المضايقة والمماكسة، وهو معاوضة مال بمال من كل وجه.

وعقد الكتابة في الابتداء معاوضة مال بغير مال؛ لأن البدل في الابتداء مقابل بفك الحجر، وهو ليس بمال، وفي الانتهاء وإن كانت معاوضة مال بمال لأنه في الانتهاء يقابل الرقبة، ولكن على وجه يسقط الملك فيه، إذ العبد لا يتملك مالكية نفسه فشابه النكاح، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة التسمية في النكاح فكذلك في الكتابة، كذا في المبسوط.

والحاصل أن جهالة البدل إذا كانت جهالة جنس منعت صحة التسمية في العقود كلها سواء كانت مبادلة مال بمال، أو مال بغير مال، وإذا كانت جهالة وصف منعت صحة التسمية في معاوضة مال بمال، لا في معاوضة مال بغير مال كالنكاح والخلع والكتابة وأشباهها.

وَلَنَا: أَنَّهُ مُعَاوَضَةُ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ، أَوْ بِمَالٍ، لَكِنْ عَلَى وَجْهٍ يَسْقُطُ المِلْكُ فِيهِ، فَأَشْبَهَ النِّكَاحَ، وَالجَامِعُ: أَنَّهُ يُبْتَنَى عَلَى المُسَامَحَةِ، بِخِلَافِ البَيْعِ، لِأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى المُمَاكَسَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ النَّصْرَانِيُّ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ: فَهُوَ جَائِزٌ) مَعْنَاهُ: إِذَا كَانَ مِقْدَارًا مَعْلُومًا، وَالعَبْدُ كَافِرًا، لِأَنَّهَا مَالٌ فِي حَقِّهِمْ بِمَنْزِلَةِ الخَلِّ فِي حَقِّنَا (وَأَيُّهُمَا أَسْلَمَ فَلِلْمَوْلَى قِيمَةُ الخَمْرِ) لِأَنَّ المُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَمْلِيكِ الخَمْرِ وَتَمَلُّكِهَا، وَفِي التَّسْلِيمِ

وإنما جعل العبد هاهنا جنسًا واحدًا، وفي الوكالة أجناسًا مختلفة لأن العبد في أنواعه بسبب فحش التفاوت بمنزلة أجناس مختلفة، ولكن في ماهية اسم العبد، وفي حق ما يطلب منه من المنفعة واحد.

ثم في معاوضة المال بالمال تجري المضايقة والمماكسة يجعل كالأجناس؛ لكون العمل بأحوط الأمرين، وفي معاوضة مال بما ليس بمال تجري المسامحة والمساهلة ألحق بالجنس عملًا بما هو موضوعه من المساهلة.

قوله: (وينصرف إلى الوسط) كما في الزكاة، والدية، والوصية، والنكاح لما أن الوسط بين الجيد والرديء فيكون نظرًا للجانبين، ثم الوسط عند أبي حنيفة في العبد الذي قيمته أربعون درهمًا، وعندهما على قدر غلاء السعر ورخصه، ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب؛ لأن عقد الكتابة عقد إرفاق فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب.

قوله: (وأيهما أسلم)، أي: من المولى والعبد فللمولى قيمة الخمر، وعند الشافعي تفسد الكتابة، وبه قال مالك، وأحمد، ومحمد في رواية عنه؛ لأنه يمكنه تسليم البدل فصار كأنه عَجَّزَ نفسه، فإن وجد بعد ذلك القبض لم يعتق؛ لأنه لا أثر للكتابة الفاسدة [٢/ ٣٣٢/ أ] بعد الفسخ والإبطال، وصار كما لو اشترى ذمي من ذمي عبدًا بخمر ثم أسلم أحدهما قبل القبض يفسد البيع، فكذا هنا.

وقلنا: العقد انعقد صحيحًا، ووقع العجز عن تسليم البدل فيجب تسليم قيمته فَتُقَوَّمُ القيمة؛ إذ القيمة تصلح بدلًا في الجملة في الكتابة فإنه إذا كاتبه على وصيف كان ذلك كتابة على قيمة الوصيف في الحقيقة، فمتى جاز أن تنعقد الكتابة على قيمة الشيء ابتداءً جاز أن تبقى على القيمة، بخلاف شراء الذمي

ذَلِكَ، إِذْ الخَمْرُ غَيْرُ مُعَيَّنٍ، فَيَعْجِزُ عَنْ تَسْلِيمِ البَدَلِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا تَبَايَعَ الذِّمِّيَّانِ خَمْرًا ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا: حَيْثُ يَفْسُدُ البَيْعُ عَلَى مَا قَالَهُ البَعْضُ، لِأَنَّ القِيمَةَ تَصْلُحُ بَدَلًا فِي الكِتَابَةِ فِي الجُمْلَةِ، فَإِنَّهُ لَوْ كَاتِب عَلَى وَصِيفٍ، وَأَتَى بِالقِيمَةِ يُجْبَرُ عَلَى القَبُولِ، فَجَازَ أَنْ يَبْقَى العَقْدُ عَلَى القِيمَةِ، فَأَمَّا البَيْعُ فَلَا يَنْعَقِدُ صَحِيحًا عَلَى القِيمَةِ فَافْتَرَقَا.

قَالَ: (وَإِذَا قَبَضَهَا: عَتَقَ) لِأَنَّ فِي الكِتَابَةِ مَعْنَى المُعَاوَضَةِ.

عبدًا بخمر من ذمي حيث يفسد البيع بإسلام أحدهما قبل القبض؛ لأنه لا يمكن أن يبقى البيع على القيمة لعدم انعقاده ابتداءً على القيمة فلا يمكن إبقاؤه عليها.

وقيد بقوله: (**على ما قاله البعض**)؛ لأنه ذكر بعض المشايخ ينبغي أن يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة والرواية في الكتابة رواية في البيع.

قوله: (**وإذا قبضها**)، أي: قيمة الخمر عتق، وبه صرح الإمام قاضي خان وغيره في شرح الجامع الصغير.

قوله: (**ولو أداها**)[١]، أي: الخمر، أي: أدى العبد المسلم الخمر (**عتق**)[٢] أيضًا لتضمن الكتابة تعليق العتق بأداء البدل المذكور، وصار كما لو كاتب المسلم عبده على خمر فأدى الخمر فإنه يعتق، كذا ذكره بعض المشايخ كالقاضي ظهير الدين، والرازي، ونجم الدين الأفطس، ورضي الدين النيسابوري.

ولكن ذكر في شرح الجامع الصغير، وشرح الطحاوي، والتمرتاشي: لو أدى لا يعتق، ولو أدى القيمة يعتق؛ لأن الكتابة انقلبت إلى القيمة، ولم يبقَ الخمرُ بدلَ هذا العقد؛ لأنه انعقد صحيحًا على الخمر ابتداءً، وبقي على القيمة صحيحًا بعد الإسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحًا، والخمر بدل فيه، فبقاؤه صحيحًا دليل على أن الخمر لم يبقَ بدلًا فلا يعتق.

وفي مسألة المسلم وقع العقد فاسدًا بسبب الخمر، وبقي فاسدًا كذلك، وإذا بقيت بدلًا يعتق بأدائها.

---

(١) (٢) انظر المتن ص ٣٦٨.

فَإِذَا وَصَلَ أَحَدُ العِوَضَيْنِ إِلَى المَوْلَى، سَلَّمَ العِوَضَ الآخَرَ لِلْعَبْدِ، وَذَلِكَ بِالعِتْقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ العَبْدُ مُسْلِمًا، حَيْثُ لَمْ تَجُزْ الكِتَابَةُ، لِأَنَّ المُسْلِمَ لَيْسَ مِن أَهْلِ التِزَامِ الخَمْرِ، وَلَوْ أَدَّاهَا عَتَقَ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِن قَبْلُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ مَا يَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَفْعَلَهُ

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ البَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالسَّفَرُ) لِأَنَّ مُوجَبَ الكِتَابَةِ أَنْ يَصِيرَ حُرًّا يَدًا، وَذَلِكَ بِمَالِكِيَّةِ التَّصَرُّفِ، مُسْتَبِدًّا بِهِ تَصَرُّفًا يُوَصِّلُهُ إِلَى مَقْصُودِهِ وَهُوَ نَيْلُ الحُرِّيَّةِ بِأَدَاءِ البَدَلِ، وَالبَيْعُ وَالشِّرَاءُ مِن هَذَا القَبِيلِ، وَكَذَا السَّفَرُ، لِأَنَّ التِّجَارَةَ رُبَّمَا لَا تَتَّفِقُ فِي الحَضَرِ فَتَحْتَاجُ إِلَى المُسَافَرَةِ، وَيَمْلِكُ البَيْعَ بِالمُحَابَاةِ لِأَنَّهُ مِن صَنِيعِ التُّجَّارِ، فَإِنَّ التَّاجِرَ قَدْ يُحَابِي فِي صَفْقَةٍ لِيَرْبَحَ فِي أُخْرَى.

وذكر التمرتاشي: فمتى وقع العقد فاسدًا يكون البدل فيه القيمة فيعتق بأدائها، ويعتق بالشروط صورة [وعليه قيمة نفسه لفساد المسمى](١).

قوله: (وقد بيناه من قبل) [إشارة إلى ما ذكره في أول الفصل](٢) بقوله: فإن أدى الخمر يعتق، وقال زفر: لا يعتق.

بَابُ مَا يَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَفْعَلَهُ

لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب.

قوله: (ويجوز للمكاتب البيع والشراء)، ولا خلاف فيه وفي السفر خلاف مالك والشافعي في قول، وقد بيناه من قبل.

قوله: (البيع بالمحاباة)، وقالت الأئمة الثلاثة: لا يملك البيع بالمحاباة؛ لأنه تبرع كالهبة والعتق.

وقلنا: هو من صنيع التجار فإن التاجر قد يحابي إظهارًا للمسامحة استجلابًا لقلوب الناس، وربما يحابي في صفقة ليربح في أخرى.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، ووقع تكرار بالأصل لجملة: (فمتى وقع العقد فاسدًا) السابقة، وهو انتقال نظر.

(٢) في الأصل: (يسنده إلى ما ذكر وكون النص) والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَخْرُجَ مِن الكُوفَةِ: فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ اسْتِحْسَانًا) لِأَنَّ هَذَا الشَّرْطَ مُخَالِفٌ لِمُقْتَضَى العَقْدِ، وَهُوَ مَالِكِيَّةُ اليَدِ مِن جِهَةِ الِاسْتِبْدَادِ، وَثُبُوتِ الِاخْتِصَاصِ: فَبَطَلَ الشَّرْطُ وَصَحَّ العَقْدُ، لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَمْ يَتَمَكَّنْ فِي صُلْبِ العَقْدِ، وَبِمِثْلِهِ لَا تَفْسُدُ الكِتَابَةُ، وَهَذَا لِأَنَّ الكِتَابَةَ تُشْبِهُ البَيْعَ وَتُشْبِهُ النِّكَاحَ، فَأَلْحَقْنَاهُ بِالبَيْعِ فِي شَرْطٍ تَمَكَّنَ فِي صُلْبِ العَقْدِ، كَمَا إِذَا شَرَطَ خِدْمَةً مَجْهُولَةً، لِأَنَّهُ فِي البَدَلِ، وَبِالنِّكَاحِ فِي شَرْطٍ، لَمْ يَتَمَكَّنْ فِي صُلْبِهِ هَذَا هُوَ الأَصْلُ، ....

قوله: (أن لا يخرج من الكوفة)، وكذا لا يخرج من المصر، والقيد بالكوفة باعتبار أن وضع المسألة فيه، فله أن يخرج استحسانًا، وبه قال الشافعي في قولٍ، وأحمد، وعند مالك والشافعي في قولٍ: لا يجوز له الخروج بدون الشرط فبالشرط أولى، وهو القياس لثبوت ولايته من جهة المولى.

وقلنا: هذا شرط مخالف لمقتضى العقد فيبطل الشرط، وهذا لأن موجب العقد مالكية اليد والاختصاص بنفسه ومنافعه فيثبت له حق الخروج إلى حيث أراد ليتمكن من ابتغاء المال، وذا بالضرب في الأرض قال تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]، فكل شرط يمنعه من ذلك فهو خلاف موجب العقد ومقصوده فكان باطلًا.

فإن قيل: الشرط الذي يخالف مقتضى العقد يوجب فساد العقد على ما مر في البيوع.

قلنا: هذا تعليل لبيان فساد الشرط في نفسه، وهذا الشرط ليس بمتمكن في صلب العقد فلا يفسده، وإليه أشار بقوله: **(وصح العقد)** إلى آخره.

قوله: (وهذا)، أي: كون الشرط متمكنًا في صلب العقد يفسد الكتابة لا الشرط الذي لا يتمكن في صلبه؛ لأن الكتابة نسبة إلى البيع من حيث إنها تحتمل الفسخ بعد تمام المعقود بالأداء فيوفر حظهما، فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط إذا تمكن في صلب [٢/ ٣٣٢/ب] العقد، كما إذا شرط خدمة مجهولة بأن قال: كاتبتك على أن تخدمني مدة أو زمانًا؛ لأنه في البدل فلشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الفاسد إذا لم يتمكن في صلب العقد.

قوله: (وهذا هو الأصل)، أي: بالعمل بالشبهين عند دلالة الدليلين المتقابلين.

أَوْ نَقُولُ: إنَّ الكِتَابَةَ فِي جَانِبِ العَبْدِ إعْتَاقٌ، لِأَنَّهُ إسْقَاطُ المِلْكِ، وَهَذَا الشَّرْطُ يَخُصُّ العَبْدَ فَاعْتُبِرَ إعْتَاقًا فِي حَقِّ هَذَا الشَّرْطِ، وَالإِعْتَاقُ لَا يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ.

قَالَ: (وَلَا يَتَزَوَّجُ إلَّا بِإِذْنِ المَوْلَى) لِأَنَّ الكِتَابَةَ فَكُّ الحَجْرِ مَعَ قِيَامِ المِلْكِ ضَرُورَةَ التَّوَسُّلِ إلَى المَقْصُودِ، وَالتَّزَوُّجُ لَيْسَ وَسِيلَةً إلَيْهِ، وَيَجُوزُ بِإِذْنِ المَوْلَى لِأَنَّ المِلْكَ لَهُ (وَلَا يَهَبُ وَلَا يَتَصَدَّقُ إلَّا بِالشَّيْءِ اليَسِيرِ) لِأَنَّ الهِبَةَ وَالصَّدَقَةَ تَبَرُّعٌ وَهُوَ

وفي الذخيرة: لو كاتبه على خدمته شهرًا في القياس لا يجوز لجهالة جنس الخدمة، فإن الخدمة قد تكون في البيت، وقد تكون خارج البيت، وعن هذا قال مشايخنا: ذكر القياس في الكتابة يكون ذكرًا في الإجارة، يعني أن هناك لا يجوز أيضًا، وفي الاستحسان يجوز؛ لأن أعمال الخدمة معلومة فيما بين الناس عرفًا، فالمعروف كالمشروط، ولهذا جازت الإجارة وإن لم يبين نوع الخدمة.

وعند الشافعي وأحمد: لا يجوز؛ لأن الخدمة بمنزلة العوض الحال، والكتابة الحالة لا تجوز عندهما، أما لو قال: كاتبتُكَ على خدمتك شهرًا ودينارٍ بعد الشهر بيوم أو يومين يصح عندهما.

قوله: (لأنه) أي: عقد الكتابة إسقاط الملك وفَكُّ الحجر، وإطلاق اليد بمنزلة الإعتاق.

قوله: (لا يتزوج) إلى آخره، ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة، وقال ابن أبي ليلى: شَرَط عليه أن لا يتزوج إلا بإذنه لم يتزوج بغير إذنه، وإن لم يشترط ذلك جاز له التزوج بغير إذنه لتملكه منافع نفسه.

قوله: (والتزوج ليس وسيلة إليه)، أي: إلى المقصود لأن التزوج ليس من اكتساب المال بل فيه التزام المهر والنفقة، وحكم المالكية إنما يثبت له ليتمكن من أداء بدل الكتابة، وكل عقد لا يوصله إليه لا يثبت له حكم المالكية فيه، بل يكون كالقن فيه، كذا في المبسوط[١].

المجاهز: عند العامة الغني من التجار وكأنه أريد المُجَهِّزُ وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به كذا في المغرب.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٧/ ٢٢٥).

غَيْرُ مَالِكٍ لَيُمَلِّكَهُ، إِلَّا أَنَّ الشَّيْءَ اليَسِيرَ مِن ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ، لِأَنَّهُ لَا يَجِدُ بُدًّا مِن ضِيَافَةٍ وَإِعَارَةٍ لِيَجْتَمِعَ عَلَيْهِ المُجَاهِزُونَ.

وَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا يَمْلِكُ مَا هُوَ مِن ضَرُورَاتِهِ وَتَوَابِعِهِ (وَلَا يَتَكَفَّلُ) لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ، فَلَيْسَ مِن ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ وَالِاكْتِسَابِ وَلَا يَمْلِكُهُ بِنَوْعَيْهِ نَفْسًا وَمَالًا لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ تَبَرُّعٌ (وَلَا يُقْرِضُ) ....

قوله: (ولا يتكفل) سواء كان بأمر المكفول عنه أو بغير أمره، وسواء كان بإذن مولاه أو بغير إذنه، وحكم كفالته في الحال ككفالة المحجور عليه يصح في حقه بعد العتق لا في الحال.

(لأن كل) أي: من الكفالة بالنفس والمال وبالأمر وبغير الأمر (تبرع)، أما بغير الأمر فظاهر، وكذا بالأمر لأن الكفيل عند الأداء كالمقرض للمكفول عنه، والإقراض تبرع لأنه إعارة، وكذا الكفالة بالنفس التزام فعل وهو تسليم النفس في ذمته، ولا يتعلق بها مال فكان متصرفًا فيما هو خالص حقه فيجوز؛ لأنا نقول الكفالة متى صحت فلا تتعدى إلى المال؛ لأنه ربما يعجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك، ومتى حبس عجز عن الكسب فيتصل ضرر هذا بكسبه، وكان بمنزلة الكفالة بالمال فلا يجوز سواء كان بإذن المولى أو بغير إذنه؛ لأنه لا ملك للمولى في منافعه ومكاسبه فوجود إذنه فيما هو تبرع كعدمه، كذا في المبسوطين[1].

قوله: (لا يُقرض) أي: لا يجوز له الإقراض، حتى لو أقرض لا يطيب للمستقرض أكله إلا أنه يكون مضمونًا عليه، حتى لو تصرف فيه يجوز كما يقول في قرض الأعيان؛ لأنه لا يطيب للمستقرض أكله، ويكون مضمونًا عليه حتى لو كان عبدًا فأعتقه يجوز لأنه ملكه بالقرض الفاسد، كذا في بعض الشروح للمبسوط.

وكذا لا يجوز إن وهب بالعوض وغيره لأنه تبرع ابتداءً، فالحاصل أن المكاتب لا يملك التبرع، ولا خلاف للأئمة الثلاثة فيه.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٨/ ٦٠).

لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَيْسَ مِن تَوَابعِ الِاكْتِسَابِ (فَإِنْ وَهَبَ عَلَى عِوَضٍ لَمْ يَصِحَّ) لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً (وَإِنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ جَازَ) لِأَنَّهُ اكْتِسَابٌ لِلْمَالِ فَإِنَّهُ يَتَمَلَّكُ بِهِ المَهْرَ فَدَخَلَ تَحْتَ العَقْدِ.

قَالَ (وَكَذَلِكَ إنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ) وَالقِيَاسُ: أَنْ لَا يَجُوزَ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ

قوله: (ولو زوج أمته جاز)، ولا يعلم فيه خلاف، وكذا له أن يوكل بتزويجها؛ لأنه من باب الاكتساب للمال بخلاف ما لو زوجت المكاتبة نفسها(١) حيث لا يجوز فعلى هذا التعليل ينبغي أن يجوز لأنه من باب الاكتساب، لكن لا يجوز لما أن رقبتها باقية على ملك المولى فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد بها بالتزويج.

ولأن فيه تعييب رقبتها إذ النكاح عيب فيها، فربما تعجز فيبقى هذا العيب في ملك المولى، كذا في المبسوط(٢).

وفيه: فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن يملك المكاتب تزويج ابنته، ومع ذلك لا يملك.

قلنا: نعم، لكن ابنته مملوكة لمولاه وأمته لا حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون أمته، ولو عجز وحاضت ابنته حيضة لا يجب على المولى استبراء فيها جديد، ويلزمه في أمته ومكاتبته(٣).

ولو زوَّج المكاتب [أمته [٢/ ٣٣٣/أ] من عبده](٤) فعن أبي يوسف يجوز؛ لأن فيه اكتساب الولد من غير ضرر يلحقه؛ لأن المهر لا يجب على المولى، ونفقتها كانت عليه قبل النكاح، وفي ظاهر الرواية لا يجوز لما أن الداخل تحت الكتابة تجارة واكتساب مال، وتزويج العبد أمته ليس باكتساب مال في الحال، وفيه نوع ضرر؛ لأنه ربما يبيع الأمة فلا يبطل النكاح فيجب على العبد نفقتها وهي أمة الغير، كذا في الذخيرة.

قوله: (وهو) أي: القياس قول زفر والشافعي، وبه قال أحمد، وقول

---

(١) في الأصل (نفسه)، وكتب فوقها: (كذا)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسرخسي (٧/ ٢٢٦).

(٣) المبسوط للسرخسي (٧/ ٢٢٥).

(٤) في الأصل: (مكاتبته أمته ينفذ من عبده) والمثبت من النسخة الثانية.

وَالشَّافِعِيِّ، لِأَنَّ مَآلَهُ العِتْقُ، وَالمُكَاتَبُ لَيْسَ مِن أَهْلِهِ كَالإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ عَقْدُ اكْتِسَابٍ لِلْمَالِ، فَيَمْلِكُهُ كَتَزْوِيجِ الأَمَةِ وَكَالبَيْعِ، وَقَدْ يَكُونُ هُوَ أَنْفَعَ لَهُ مِن البَيْعِ، لِأَنَّهُ لَا يُزِيلُ المِلْكَ إِلَّا بَعْدَ وُصُولِ البَدَلِ إِلَيْهِ، وَالبَيْعُ يُزِيلُهُ قَبْلَهُ، وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الأَبُ وَالوَصِيُّ، ثُمَّ هُوَ يُوجِبُ لِلْمَمْلُوكِ مِثْلَ مَا هُوَ ثَابِتٌ لَهُ. بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ، لِأَنَّهُ يُوجِبُ فَوْقَ مَا هُوَ ثَابِتٌ لَهُ. قَالَ: (فَإِنْ أَدَّى الثَّانِي قَبْلَ أَنْ يُعْتَقَ الأَوَّلُ فَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى)، لِأَنَّ لَهُ فِيهِ نَوْعَ مِلْكٍ. وَتَصِحُّ إِضَافَةُ الإِعْتَاقِ إِلَيْهِ ....

مالك، والقاضي الحنبلي، وأصحاب الظاهر كقولنا.

قوله: (لأنه يوجب)، أي: لأن الإعتاق على مال فوق الكتابة؛ لأن الكتابة معاوضة حتى يقال وتفسخ ولا تعتق في الحال، أما في الإعتاق على مال يعتق في الحال بنفس قبول المال من غير توقف إلى أداء المال فلا تقبل الإقالة والفسخ، وهذا غير ثابت للمكاتب، ففي تجويزه إثبات أمر للمكاتب فوق ما هو حاله، وذلك لا يجوز.

وكذا لا يملك تعليق عتق عبده بلا خلاف بأن قال لعبده: إن أدَّيت إليَّ ألفًا فأنت حر؛ لأنه تعليق عتق بالشرط مقصودًا، وهذا غير ثابت مقصودًا، وإنما يثبت له ضمنًا لثبوت فك الحجر عن الاكتساب بالكتابة، فلا يملك إيجابه لغيره مقصودًا، ولهذا لا يملك أن يكاتب ولده ووالديه؛ لأنهم دخلوا في كتابته تبعًا، فكما لا يملك كتابة نفسه لا يملك كتابتهم، كذا في المبسوط[1]، والذخيرة.

قوله: (لأن له فيه نوع ملك)، أي: لأن للمولى في المكاتب الثاني نوع ملك.

(وتصح إضافة الإعتاق إليه)، أي: إلى المولى في الجملة؛ لأن مكاتب الثاني مكاتب للمولى بواسطة المكاتب الأعلى، فالحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة عند تعذر الإضافة.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٧/ ٢٢٩).

فِي الجُمْلَةِ، فَإِذَا تَعَذَّرَ إِضَافَتُهُ إِلَى مُبَاشِرِ العَقْدِ لِعَدَمِ الأَهْلِيَّةِ، أُضِيفَ إِلَيْهِ كَمَا فِي العَبْدِ إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا (فَلَوْ أَدَّى الأَوَّلُ بَعْدَ ذَلِكَ وَعَتَقَ: لَا يَنْتَقِلُ الوَلَاءُ إِلَيْهِ) لِأَنَّ المَوْلَى جُعِلَ مُعْتِقًا، وَالوَلَاءُ لَا يَنْتَقِلُ عَنْ المُعْتِقِ (وَإِنْ أَدَّى الثَّانِي بَعْدَ عِتْقِ الأَوَّلِ: فَوَلَاؤُهُ لَهُ) لِأَنَّ العَاقِدَ مِن أَهْلِ ثُبُوتِ الوَلَاءِ، وَهُوَ الأَصْلُ فَيَثْبُتُ لَهُ.

قَالَ: (وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ، أَوْ بَاعَهُ مِن نَفْسِهِ، أَوْ زَوَّجَ عَبْدَهُ: لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ هَذِهِ الأَشْيَاءَ لَيْسَتْ مِن الكَسْبِ وَلَا مِن تَوَابِعِهِ. أَمَّا الأَوَّلُ: فَلِأَنَّهُ إِسْقَاطُ المِلْكِ عَنْ رَقَبَتِهِ، وَإِثْبَاتُ الدَّيْنِ فِي ذِمَّةِ المُفْلِسِ، فَأَشْبَهَ الزَّوَالَ بِغَيْرِ عِوَضٍ، وَكَذَا الثَّانِي، لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ عَلَى مَالٍ فِي الحَقِيقَةِ. وَأَمَّا الثَّالِثُ: فَلِأَنَّهُ تَنْقِيصٌ لِلْعَبْدِ وَتَعْيِيبٌ لَهُ وَشَغْلُ

وفي الذخيرة: لما صار المولى مكاتبًا للأعلى صار مكاتبًا للثاني من وجه؛ لأن لكل واحد منهما حق الملك في كسب المكاتب بالكتابة داخل تحت كتابته الأولى، فيكون حاصله بإذن المولى فيقدر مال المولى حق الملك في كسبه فيصير منقولًا إلى المولى، فيصير المولى مكاتبًا له من وجه، إلا أن حق المكاتب في كسبه أرجح من حق المولى، فإذا أمكن إثبات الولاء لهما كان إثبات الولاء من المكاتب أولى لرجحان حقه، وإذا لم يكن المكاتب أهلًا للولاء أثبتناه من المولى.

وفي المبسوط: ويصح إضافة الإعتاق إلى المولى في الجملة، فيقال: مولى زيد، ومعتق زيد، بطريق المجاز وإن كان معتق معتقه.

قوله: (**لا ينتقل الولاء إليه**)، أي: إلى المكاتب؛ لأن المولى معتق مباشرة من وجه كما بينا، بخلاف جر الولاء فإن ثمة مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة ولكن تسببيًا باعتبار إعتاق الأم، والأصل أن الحكم لا يضاف إلى السبب إلا عند تعذر الإضافة إلى العلة، والتعذر عند عدم عتق الأب، فإذا عتق زالت الضرورة فينتقل الولاء إلى قوم الأب، إليه أشار في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: (**وتعييب له**)، أي: للعبد، ولهذا لو اشترى عبدًا فوجده ذا زوجة يتمكن من الرد بالعيب، كذا في الأوضح.

رَقَبَتِهِ بِالمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ، بِخِلَافِ تَزْوِيجِ الأَمَةِ، لِأَنَّهُ اكْتِسَابٌ لِاسْتِفَادَتِهِ المَهْرَ عَلَى مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ الأَبُ، وَالوَصِيُّ فِي رَقِيقِ الصَّغِيرِ بِمَنْزِلَةِ المُكَاتَبِ) لِأَنَّهُمَا

وقوله: (على ما مر)، إشارة إلى قوله: (وإن زوج أمته جاز) إلى آخره، ولو عتق عبده وأجاز التزويج لا يجوز؛ لأن الإجازة لاقت عقدًا باطلًا إذ تزويج المكاتب عبده باطل غير موقوف؛ لأنه لا مجيز له، وكذا لو زوجه الوكيل بعد عتقه يتوقف على إجازته لأن توكيله به وقع باطلًا، ولو قال بعد العتق: أجزت تلك الوكالة يكون هذا توكيلًا ابتداءً، وينعقد بلفظ الإجازة ابتداءً، كما لو قال: أجزت لك أن تطلق امرأتي أو رضيتُ، يكون توكيلًا، بخلاف التزويج لا ينعقد بلفظ الإجازة ابتداءً.

قوله: (والأب والوصي) إلى آخره، وبقولنا قال مالك، وأحمد، وعند أحمد يجوز إعتاقهما على مال أيضًا، وقال الشافعي: لا يملكان كالمكاتب شيئًا من ذلك لما ذكرنا.

وقلنا: في كتابتهما وتزويجهما أمة اليتيم نظر لليتيم فيجوز، أما في التزويج فلأنه يستفاد به المهر والنفقة، وأما في الكتابة فلوصول البدل إليه قبل زوال ملكه عنه، وتسقط نفقته عنه في الحال، فكان أنظر من البيع؛ لأن بالبيع يزول ملكه قبل وصول [٢/ ٣٣٣/ ب] البدل إليه، كذا في المبسوط[١].

وهذا بخلاف ما لو كاتب الوصي عبدًا من التركة والورثة صغار، وفي التركة دين لا يجوز، ولو باعه بدون حضور الغرماء يجوز وإن كانت الورثة صغارًا إذا كان الدين غير مستغرق، ذكره في وصايا المبسوط.

لأنا لو صححنا كتابة الوصي فلا يخلو إما أن يصحح لأجل الغريم، أو اليتيم، أو الميت، وكل ذلك لا يصح، فلا يصح كتابته، وذلك لأن حق الغريم مقدم، وما لم يصل إليه حقه لا يسلم شيء من التركة إلى الوارث فلا يمكن تصحيحه للغريم إذ ليس للوصي عليه ولاية، ولا لليتيم؛ لأنه لا يسلم له شيء

---

(١) المبسوط للسرخسي (٨/ ٢٦).

يَمْلِكَانِ الِاكْتِسَابَ كَالمُكَاتَبِ، وَلِأَنَّ فِي تَزْوِيجِ الأَمَةِ وَالكِتَابَةِ نَظَرًا لَهُ، وَلَا نَظَرَ فِيمَا سِوَاهُمَا وَالوِلَايَةُ نَظَرِيَّةٌ. قَالَ: (فَأَمَّا المَأْذُونُ لَهُ: فَلَا يَجُوزُ لَهُ شَيْءٌ مِن ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ أَمَتَهُ)(*) وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ المُضَارِبُ، وَالمُفَاوِضُ، وَالشَّرِيكُ شَرِكَةَ عَنَانٍ، هُوَ قَاسَهُ عَلَى المُكَاتَبِ وَاعْتَبَرَهُ بِالإِجَارَةِ.

إلا بعد قضاء الدين، ولا للميت لأن حقه في تفريغ ذمته ويتأخر ذلك بكتابته فلم يجز.

بخلاف البيع فإن المالية باقية كما كانت في حق الغريم، وحق الغريم في مالية التركة لا في عينها، إلا أن يستوفي الغريم حقه من بقية التركة فحينئذ تنفذ كتابته؛ لأن المانع قد زال، وكذا إذا كان مكان الدين وصية لأنه لا ولاية للوصي على الموصى له، إليه أشار في المبسوط[1].

قوله: (وهي على هذا الخلاف المضارب والمفاوض)، قيل: لفظ المفاوض هنا سهو من الكاتب لما أن المفاوض كالمكاتب، فإنه ذكر في شرح الجامع، والمبسوط وغيرهما: كل ما يملكه المكاتب والوصي والجد وأمين القاضي في مال اليتيم، والمفاوض في مال المفاوضة.

قوله: (هو)، أي: أبو يوسف **(قاسه)**، أي: المأذون **(على المكاتب، واعتبره)**، أي: التصرف المذكور وهو التزويج **(بالإجازة)**، يعني لهؤلاء ولاية الإجازة، فكذا ولاية التزويج، واستعمل لفظ القياس في العينين وهما المأذون والمكاتب، ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والإجازة؛ لأن المماثلة بين هذين العينين ظاهرة إذ كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف، فاستعمل لفظ القياس لذلك.

وأما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية؛ لأن الإجازة من المعاوضات المالية من الجانبين؛ لأن للمنفعة حكم المال.

ألا ترى أن الحيوان لا يثبت دينًا في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) المبسوط للسرخسي (٨/ ٢٨).

وَلَهُمَا: أَنَّ المَأْذُونَ لَهُ يَمْلِكُ التِّجَارَةَ وَهَذَا لَيْسَ بِتِجَارَةٍ، فَأَمَّا المُكَاتَبُ يَتَمَلَّكُ الِاكْتِسَابَ وَهَذَا اكْتِسَابٌ، وَلِأَنَّهُ مُبَادَلَةُ المَالِ بِغَيْرِ المَالِ، فَيُعْتَبَرُ بِالكِتَابَةِ دُونَ الإِجَارَةِ، إِذْ هِيَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ هَؤُلَاءِ كُلُّهُمْ تَزْوِيجَ العَبْدِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

بمقابلة الأموال الحقيقية في البيع، وكان استعمال لفظ الاعتبار أليق، كذا قيل.

قوله: (وهذا)، أي: تزويج الأمة ليس بتجارة؛ لأن التجارة مبادلة المال بالمال، وتزويج الأمة ليس كذلك؛ إذ البضع ليس بمال حقيقةً فصار شبيهًا بالكتابة فلا يملكه المأذون، والمضارب، وشريك العنان، أما المكاتب يملك الاكتساب والاكتساب ما يوصل إلى المال، وتزويج الأمة يصل إلى المهر والنفقة فكان اكتسابًا، وإنما كان هكذا لأن المكاتب ملحق بالأحرار في استبداد التصرف واكتساب نفسه.

وفي جامع قاضي خان، والمحبوبي: الأصل في هذا أن كل من كان تصرفه عامًّا في التجارة وغيرها يملك تزويج الأمة في حق الغير؛ كالأب، والوصي، والجد، والمفاوض، والمكاتب، والقاضي، وأمين القاضي، وكل من كان تصرفه خاصًّا في التجارة؛ كالمضارب، وشريك العنان، والمأذون لا يملك تزويج الأمة عندهما خلافًا لأبي يوسف (ولأنه)، أي: تزويج الأمة.

قوله: (إذ هي)، أي: الإجارة لما ذكرنا أن المنفعة في الإجازة في حكم المال، ولهذا يصلح مهرًا في النكاح وابتغاء النكاح شرع بالمال.

قوله: (كلهم)، أي: المكاتب، والمأذون، والمضارب، والمفاوض، وشريك العنان.

(تزويج العبد)؛ لأنه ليس باكتساب المال ولا من التجارة.

وقال أبو الخطاب الحنبلي: يجوز للمكاتب تزويج عبده؛ لأنه تصرف في رقيق ماله بما فيه المصلحة فيجوز؛ كَخِتَانِ العبدِ.

ولنا ما ذكرنا أن في تزويجه ضررًا ونقصًا في القيمة، وليس من جهات المكاسب.

فَصْلٌ: [في بَيَانِ مَنْ يَدْخُلُ في الكِتَابَةِ]

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَى المُكَاتَبُ أَبَاهُ، أَوْ ابْنَهُ: دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ) لِأَنَّهُ مِن أَهْلِ أَنْ

فَصْلٌ

لمّا ذكر مسائل من يدخل في الكتابة أصلاً شرع في بيان من يدخل تبعًا.

قوله: (**دخلت في كتابته**)، وكذا لو اشترى أمة، وهؤلاء يدخلون في كتابته تبعًا له حتّى يُرَدُّونَ إلى الرق بعجزه، فلو كانت كتابتهم بطريق الأصالة لبقيت كتابتهم بعد عجزه وليس كذلك، فلذلك قال: دخل، ولم يقل: صار مكاتبًا.

ثم شراؤه ذوي أرحامه يجوز عندنا، وعند الشافعي، ومالك، وأحمد لا يجوز [٢/ ٣٣٤/أ] لأنه تصرف تبرع كالإعتاق، وعند أصحاب الظاهر لو ملك قريبه يعتق عليه كما في الحر لإطلاق النصوص.

وقال القاضي الحنبلي: يجوز؛ لأنه تصرف لا ضرر فيه على السيد فإنهم يعتقون بعتقه ويرزقون برزقه.

أما لو اشترى قريبه بإذن السيد ففي صحته للشافعي قولان، وعن أبي إسحاق المروزي من أصحابه القطع بالصحة، وعند أحمد يجوز.

ثم على قول الصحة يتكاتب عليه، ثم في كل تصرف لا يجوز للمكاتب فإذا فعله بإذن السيد للشافعي فيه قولان، في قولٍ: يجوز، وبه قال أحمد ومالك.

قوله: (**لأنه**)، أي: المكاتب من أهل أن يكاتب كالحر أهل للتحرير، فإذا اشتراهما الحر يعتقان عليه، فكذا المكاتب إذا اشتراهما يتكاتبان عليه تحقيقًا للصلة بقدر الإمكان، ثم الأقوى في الدخول تبعًا في الكتابة الولد المولود في كتابته؛ لأنه جمع فيه الملك، والبعضية حكمًا في حق العبد حقيقة في حق العقد حتى يحرم بيعه، ويقبل منه بدل الكتابة بعد موت أبيه على نجوم أبيه.

ثم الولد المشترى؛ لأن فيه الملك، والبعضية حكمًا في حق العبد حتى يحرم بيعه ويقبل منه البدل حالًا بعد موت الأب؛ لأنه بعد الانفصال لا بعضية بينهما.

ثم الوالدان لأن فيهما الملك لا البعضية فإنهما ليسا ببعض للولد، فلذا

يُكَاتِبَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِن أَهْلِ الإِعْتَاقِ، فَيُجْعَلُ مُكَاتَبًا تَحْقِيقًا لِلصِّلَةِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الحُرَّ مَتَى كَانَ يَمْلِكُ الإِعْتَاقَ يُعْتَقُ عَلَيْهِ (وَإِنْ اشْتَرَى ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنهُ لِأَوْلَادٍ لَهُ: لَمْ يَدْخُلْ فِي كِتَابَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يَدْخُلُ) اعْتِبَارًا بِقَرَابَةِ الوِلَادِ، إِذْ وُجُوبُ الصِّلَةِ يَنْتَظِمُهُمَا، وَلِهَذَا لَا يَفْتَرِقَانِ فِي الحُرِّ فِي حَقِّ الحُرِّيَّةِ. وَلَهُ: أَنَّ لِلْمُكَاتَبِ كَسْبًا لَا مِلْكًا، غَيْرَ أَنَّ الكَسْبَ يَكْفِي الصِّلَةَ فِي الوِلَادِ، حَتَّى أَنَّ القَادِرَ عَلَى الكَسْبِ يُخَاطَبُ بِنَفَقَةِ الوَالِدِ وَالوَلَدِ، وَلَا يَكْفِي فِي غَيْرِهِمَا حَتَّى لَا تَجِبُ نَفَقَةُ الأَخِ إِلَّا عَلَى المُوسِرِ، وَلِأَنَّ هَذِهِ قَرَابَةٌ تَوَسَّطَتْ ....

انحطت تبعيتهما عن تبعيّة ولد المشترى، فيحرم بيعهما حال حياته، ولا يقبل بدل الكتابة بعد موته لا حالًا ولا منجَّمًا، إليه أشار في الذخيرة.

ثم المولى إذا أعتق الولد المشترى لم تسقط حصته من بدل الكتابة، وينبغي أن تسقط لدخوله في الكتابة، كما إذا كاتب عبده مع أولاده الصغار ثم أعتق المولى أحد الأولاد، لما أن دخوله ضمنًا لا قصدًا، فلا يكون العقد مضافًا إليه، بخلاف ما لو كاتب الأولاد مع أبيهم قصدًا فإن العقد مضاف إليهم، وإن كان القابل هو الأب فيكون لهم حصة من البدل فتسقط حصة الولد بعتقه.

(وقالا)، أي: أبو يوسف ومحمد وهو رواية عن أبي حنيفة **(يدخل)**.

قوله: وله أي لأبي حنيفة **(أن للمكاتب كسبًا لا ملكًا)**؛ لوجود ما ينافيه وهو الرق، ولهذا لا يفسد نكاح امرأته لو اشتراها، وتحل الصدقة له وإن أصاب كسبًا ولا يملك الهبة، كذا في الأسرار.

غير أن الكسب يكفي للصلة، مع أن القدرة على الكسب موجبة للصلة في الولاد حتى تجب النفقة للوالد والولد على القادر على الكسب وإن لم يكن موسرًا.

(ولا يكفي لغيرها)، أي: لغير الولاد، حتى لا تجب نفقة الأخ وإن كان قادرًا على الكسب إذا لم يكن موسرًا، والدخول في الكتابة بطريق الصلة يختص بموضع وجوب الصلة.

قوله: **(ولأن هذه)**، أي: قرابة الأخوة **(قرابة توسطت)** يعني الأخ نسبة

بَيْنَ بَنِي الأَعْمَامِ وَقَرَابَةِ الوِلَادِ، فَأَلْحَقْنَاهَا بِالثَّانِي فِي العِتْقِ، وَبِالأَوَّلِ فِي الكِتَابَةِ وَهَذَا أَوْلَى لِأَنَّ العِتْقَ أَسْرَعُ نُفُوذًا مِن الكِتَابَةِ، حَتَّى أَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا كَاتَبَ

(**بني الأعمام**) في حق الزكاة، وحِلِّ الحليلة، وقبول الشهادة، وجريان القصاص، ونسبة الولاد في حرمة المناكحة، وافتراض الصلة، وحرمة الجمع بينهما نكاحًا.

(**فألحقناها في بالثاني**)، أي: الولاد (**في العتق**)، (**وبالأول**) وهو بنو الأعمام (**في الكتابة**) توفيرًا للشبهين حظهما، والعمل على هذا الوجه أولى من العكس.

(**لأن العتق**[1] **أسرع نفوذًا**) إلى آخره، يعني لو قلنا بتكاتب أخيه عليه إذا اشتراه وجب علينا أيضًا أن نقول إذ مَلكَ الحُرُّ أخاه يعتق عليه أيضًا، فحينئذ يلزم إلغاء العمل بشبه قرابة بني الأعمام، فلا تبقى حينئذ قرابة الأخوة متوسطة بين القرابتين.

وفي الذخيرة: عِلَّةُ صيرورة حال المملوك كحال المالك شيئان: الملك، والقرابةُ المُحَرِّمَةُ النكاح؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**من مَلكَ ذا رَحِمٍ عَتقَ عَلَيهِ**»[2]، فقد جعلت العلّة القرابة المُحرِّمة والملك. وفي المكاتب إذا اشترى ابنه أو والده وجدت القرابة المحرمة، وحقيقة الملك أيضًا حكمًا؛ لأنه انضم إلى حق الملك الولاد.

وللولاد زيادة تأثير في إيجاب الصلة باعتبار وجوب الصلة بمجرد القدرة

---

(١) في الأصل: (لأن العقد)، والمثبت من النسخة الثانية، وهو الموافق لما جاء في المتن.

(٢) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٦ رقم ٣٩٤٩)، والترمذي (٣/ ٣٩ رقم ١٣٦٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٣ رقم ٢٥٢٤) من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه.

قال أبو داود: ولم يحدث ذلك الحديث إلا حماد بن سلمة وقد شك فيه، وقال الترمذي: هذا حديث، لا نعرفه مسندًا إلا من حديث حماد بن سلمة، وقال ابن حجر: قيل إنه - البخاري - أشار بهذه الترجمة إلى تضعيف الحديث الوارد فيمن ملك ذا رحم فهو حر، وهو حديث أخرجه أصحاب السنن من حديث الحسن، عن سمرة، واستنكره ابن المديني، ورجح الترمذي إرساله، وقال البخاري: لا يصح، وقال أبو داود: تفرد به حماد وكان يشك في وصله، وغيره يرويه عن قتادة عن الحسن قوله، وعن قتادة عن عمر قوله، منقطعًا. فتح الباري (٥/ ١٦٨).

كَانَ لِلْآخَرِ فَسْخُهُ، وَإِذَا أَعْتَقَ لَا يَكُونُ لَهُ فَسْخُهُ.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَى أُمَّ وَلَدِهِ: دَخَلَ وَلَدُهَا فِي الكِتَابَةِ، وَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهَا) وَمَعْنَاهُ: إِذَا كَانَ مَعَهَا وَلَدُهَا، أَمَّا دُخُولُ الوَلَدِ فِي الكِتَابَةِ فَلِمَا ذَكَرْنَاهُ. وَأَمَّا امْتِنَاعُ بَيْعِهَا: فَلِأَنَّهَا تَبَعٌ لِلْوَلَدِ فِي هَذَا الحُكْمِ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا وَلَدُهَا: فَكَذَلِكَ الجَوَابُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ، لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ. وَلَهُ: أَنَّ القِيَاسَ أَنْ يَجُوزَ بَيْعُهَا وَإِنْ كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ، ....

على الكسب ويستحق عند اختلاف الدين، وإذا انضم إلى حق الملك ما له زيادة أثر في إيجاب الصلة التحق بالحقيقة، ومن حكم حقيقة الملك صيرورة المملوك بمثل حال المالك.

أما إذا كان المشتري أحاله لم يوجد حقيقة الملك، لا حقيقةً، ولا حكمًا، أما حقيقة فظاهر، وأما حكمًا فلأنه لم ينضم إلى حقيقة الملك [٢/ ٣٣٤/ ب] ما له أثر في إيجاب زيادة الصلة فلم يلتحق بالحقيقة، بقي مجرد الحق مع القرابة المُحرِّمة، وأنه ليس بعلة تامة لصيرورة المشترى بمثل حال المشتري.

قوله: (**إذا اشترى أم ولده**)، أي: ومعها ولده منها الأصل في هذا أن المكاتب إذا اشترى امرأته لا يبطل نكاحها لعدم الملك حقيقة في رقبتها، وله ملك اليد، وملك اليد لا يبطل النكاح، وله أن يبيعها؛ لأن النكاح ليس بسبب لاستحقاق الصلة فلا يمتنع البيع بسببه، وكذا المكاتبة تشتري زوجها، وله أن يطأها بالنكاح؛ لأنها لم تملك رقبته حقيقة.

ثم إن امرأة المكاتب إن ولدت قبل الشراء، ثم ملكها المكاتب بوجه من الوجوه، فإن كان ولدها معها لم يجز بيعها إجماعًا؛ لأنها تبع للولد إلى آخر ما ذكر في الكتاب.

وفي المبسوط: ولم تدخل الأم في كتابته حتى لا تعتق بعتقه(١).

(**وإن لم يكن معها ولدها وقت الشراء**)، أي: اشترى أم ولده ولم يشترط ولدها معها لم يجز بيعها عندهما كما في الأول، وعند أبي حنيفة يجوز.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٧/ ٢٢٢).

لِأَنَّ كَسْبَ الْمُكَاتَبِ مَوْقُوفٌ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَا لَا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ، إِلَّا أَنَّهُ يَثْبُتُ بِهِ هَذَا الحَقُّ فِيمَا إِذَا كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ تَبَعًا لِثُبُوتِهِ فِي الوَلَدِ بِنَاءً عَلَيْهِ، وَبِدُونِ الوَلَدِ لَوْ ثَبَتَ ثَبَتَ ابْتِدَاءً وَالقِيَاسُ يَنْفِيهِ (وَإِنْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ مِن أَمَةٍ لَهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي المُشْتَرَى (وَكَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِهِ، وَكَسْبُهُ لَهُ) لِأَنَّ كَسْبَ الوَلَدِ كَسْبُ كَسْبِهِ، وَيَكُونُ كَذَلِكَ قَبْلَ الدَّعْوَةِ، فَلَا يَنْقَطِعُ بِالدَّعْوَةِ اخْتِصَاصُهُ، ....

(لأن كسب المكاتب موقوف)، أي: متردد بين أن يؤدي المكاتب البدل فيعتق، وما فضل من البدل له، وبين أن يعجز فيعود هو وماله للمولى، ولهذا لا يفسد نكاح امرأة بشرائها، ولا يصح تبرعًا به، فعلم أنه لا ملك له.

(فلا يتعلق به)، أي: يكسبه ما لا يحتمل الفسخ، وهو الاستبداد إذ لو تعلق لكان كسبه غير محتمل للفسخ، أو كان الاستبداد محتملًا للفسخ وكلاهما لا يجوز وفي شرح الأقطع حق الاستبداد مما لا يلحقه الفسخ، وما للمكاتب موقوف فلم يجز أن يتعلق به ما لا يلحقه الفسخ.

قوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله: (لأنه من أهل أن يكاتب وإن لم يكن من أهل العتق).

فإن قيل: قد ذكر في الأصول وغيره من فتاوى قاضي خان، والمعنى: أن المكاتب لا يملك التسري، ولا وطء أمته - وبه قالت الأئمة الثلاثة - فكيف يتحقق له ولد من أمته؟

قلنا: نعم، إلا أن له في ملك مكاتبه يد بمنزلة الحر، وذلك يكفي لثبوت النسب منه عند الدعوة وإن لم يحل وطؤه، كما في الجارية المشتركة، وجارية الابن إذا وطئها الأب وادعى الولد.

ثم الولد يدخل في كتابته عند الأئمة الثلاثة، وعند أصحاب الظاهر ولده من جاريته حر، وهل تصير الأمة أم ولد له؟ للشافعي فيه قولان، أحدهما: أنها تصير أم ولد له، وبه قال أحمد، وأبو يوسف، ومحمد، والثاني: لا تصير أم ولد له، وبه قال أبو حنيفة، ومالك، وهو رواية عن أحمد.

(فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه)، أي: اختصاص المكاتب بكسبه.

(وَكَذَلِكَ إنْ وَلَدَتْ الْمُكَاتَبَةُ وَلَدًا)، لِأَنَّ حَقَّ امْتِنَاعِ الْبَيْعِ ثَابِتٌ فِيهَا مُؤَكَّدًا، فَيَسْرِي إِلَى الوَلَدِ كَالتَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ.

قَالَ: (وَمَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ مِن عَبْدِهِ، ثُمَّ كَاتَبَهُمَا فَوَلَدَتْ مِنهُ وَلَدًا: دَخَلَ فِي كِتَابَتِهَا، وَكَانَ كَسْبُهُ لَهَا) ....

قوله: (**وكذلك ولد المكاتبة**)، أي: من زوجها، أو زنا يدخل في كتابتها، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأن الصفات الحكمية في الأمهات تسري إلى الأولاد؛ كالتدبير، والاستيلاد.

وقال الشافعي في قولٍ: إن الولد ملك للمولى فيتصرف فيه كيف شاء؛ لأن الكتابة عقد يقبل الفسخ فلا يثبت حكمه في الولد، كما أن ولد المرهونة لا يكون مرهونًا.

ثم قوله في الكتاب: (**مُؤَكَّدًا فيسري إلى الولد**) احترازا عن ولد الآبقة حيث لا يجوز بيعها، ويجوز بيع ولدها؛ لأن امتناع البيع في الآبقة غير مؤكد فلا يسري إلى الولد؛ لأن الإباق لا يبقى دائما كالإعتاق وشعبه، والرقبة والإسلام فلا يكون مؤكدًا، وكذا يقع احترازًا عن ولد المُستأجَرَة والجانية فإنها لا يجوز بيعها مطلقًا، بل مقرونًا بشيء، لكنها غير مؤكد لما قلنا فلا يسري إلى الولد.

وعن هذا قالوا: الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسري إلى الأولاد، واحترز بالقارة عن هذه الأوصاف الخَلْقِيّةِ كالبياض، والسواد، والحمرة، والصفرة.

قوله: (**دخل في كتابتهما**)، وفي بعض النسخ: (دخل في كتابتها) وهو الأصح بدليل قوله: (**وكان كسبه لها**)، ووجه الأول أن في الدخول ببيعهما، ولكن في أداء الكسب يتبع أمه لزيادة وجود دلالة التبعية في حقها.

فإن قيل: ذكر في المبسوط: لو قتل الابن قاتل فقيمته للأبوين جميعًا ولا تختص بها الأم، فينبغي أن تكون في مسألتنا كذلك.

قلنا: تلك المسألة مصورة فيما إذا قبل الأبوان الكتابة عليه، وحالهما في ذلك سواء إذ لا ولاية لهما عليه، ولا يمكن جعل تلك القيمة للمولى؛ لأن

لِأَنَّ تَبَعِيَّةَ الأُمِّ أَرْجَحُ، وَلِهَذَا يَتْبَعُهَا فِي الرِّقِّ وَالحُرِّيَّةِ. قَالَ: (وَإِنْ تَزَوَّجَ المُكَاتَبُ بِإِذْنِ مَوْلَاهُ امْرَأَةً زَعَمَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ، فَوَلَدَتْ مِنهُ، ثُمَّ اسْتُحِقَّتْ: فَأَوْلَادُهَا عَبِيدٌ وَلَا يَأْخُذُهُمْ بِالقِيمَةِ، وَكَذَلِكَ العَبْدُ يَأْذَنُ لَهُ المَوْلَى بِالتَّزْوِيجِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: أَوْلَادُهَا أَحْرَارٌ بِالقِيمَةِ)(*) لِأَنَّهُ شَارَكَ الحُرَّ فِي سَبَبِ ثُبُوتِ

الولد [٢/ ٣٣٥/أ] مكاتبًا بقبولهما فلم يبق للمولى سبيل على كسبه وعلى قيمة رقبته، فلا بد أن تؤخذ القيمة عنه فتكون للأبوين؛ لأنهما كانا ينفقان عليه في حياته، وكانا أحق بحضانته.

أما الولد المولود في الكتابة فإن ثبوت الكتابة هاهنا بطريق التبعية، وجانب الأم يترجح في ذلك؛ لأنه جزء منها حقيقة، وهاهنا ثبوت الكتابة بالقبول وهما في القبول سواء، كذا في المبسوط(١).

وفي الكافي: لو قُتِلَ المولود في الكتابة تكون قيمته للأم ككسبه، وبه قال الشافعي في قول أحمد، ومالك، وفي قول للسيد؛ لأنه لا يدخل الولد في كتابتها في قول فيكون قنًّا للسيد يبيعه ويعتقه.

قوله: (وقال محمد أولادها أحرار بالقيمة)، وبه قال زفر، والشافعي في قول، ومالك، وأحمد، ثم على قول محمد إن كان التزوج من هؤلاء - أعني العبد والمُكاتَب والمُدبَّر - بإذن السيد فعليهم قيمة الولد، والمهر في الحال، وإن كان بغير إذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر بعد العتق؛ لأن كل دين وجب على العبد بسبب مأذون فيه يؤخذ به بعد العتق، هذا إذا غرمه المرأة أو غيرها بأن زوجها الغير على أنها حرة فالأب يرجع بقيمته على الزوج في الحال.

وإن كان المزوج الغار عبدًا أو مدبرًا أو مكاتبًا لا رجوع عليهم في الحال، بل بعد عتقهم.

أما إذا أراد الرجل أن يتزوج امرأة فأخبر رجل أنها حرة ولم يزوجها إياه، أو تزوجها رجل على ظن أنها حرة وما قالت: زَوِّجْني فإني حرة، فإنه لا يرجع

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) المبسوط للسرخسي (٨/ ٢٥).

هَذَا الحَقِّ وَهُوَ الغُرُورُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مَا رَغِبَ فِي نِكَاحِهَا إِلَّا لِيَنَالَ حُرِّيَّةَ الأَوْلَادِ، وَلَهُمَا: أَنَّهُ مَوْلُودٌ بَيْنَ رَقِيقَيْنِ فَيَكُونُ رَقِيقًا، وَهَذَا لِأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ الوَلَدَ يَتْبَعُ الأُمَّ فِي الرِّقِّ وَالحُرِّيَّةِ، وَخَالَفْنَا هَذَا الأَصْلَ فِي الحُرِّ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ ﷺ، وَهَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ، لِأَنَّ حَقَّ المَوْلَى هُنَاكَ مَجْبُورٌ بِقِيمَةٍ نَاجِزَةٍ، وَهَاهُنَا بِقِيمَةٍ مُتَأَخِّرَةٍ إِلَى مَا بَعْدَ العِتْقِ فَيَبْقَى عَلَى الأَصْلِ وَلَا يَلْحَقُ بِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ وَطِئَ المُكَاتَبُ أَمَةً عَلَى وَجْهِ المِلْكِ بِغَيْرِ إِذْنِ المَوْلَى، ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ، فَعَلَيْهِ العُقْرُ يُؤْخَذُ بِهِ فِي الكِتَابَةِ، وَإِنْ وَطِئَهَا عَلَى وَجْهِ النِّكَاحِ: لَمْ يُؤْخَذْ بِهِ

على المخبر، ولا على المرأة، ويرجع عليها بعد عتقها في صورة غرورها كضمان الكفالة.

قوله: (فيكون رقيقًا) كما إذا كان عالمًا بحالها.

(وهذا لأن الأصل)، أي: القياس أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية، إلا أنا تركناه بإجماع الصحابة في ولد المغرور، وهذا ليس في معنى ولد المغرور؛ لأن الحكم ثمة حرية الولد مع مراعاة حق المستحق وهو المولى بإيجاب قيمة في الحال، وهاهنا بقيمة متأخرة إلى زمان العتق؛ لأنه ضمان قول لا يقابله مال، فصار نظير ضمان الكفالة فينقلب ضررًا محضًا من جانب المستحق، فيبطل الإلحاق فيبقى على الأصل وهو أن يكون الولد تابعًا لها (فلا يلحق) أي: المكاتب (به) أي: بالحر.

قوله: (بغير إذن المولى) يتعلق بقوله: (وطئ) أي: وطئها بغير إذن المولى، أما هو مأذون في تملكها بالشراء وغيره؛ لأنه مكاتب، والمكاتب غير ممنوع عن شراء الجارية وغيرها.

ثم التقييد بغير إذن المولى إنما تظهر فائدته في حق إثبات هذا الحكم في إذن المولى بالطريق الأولى؛ لأنه لما كان يؤاخذ بالعقر في حال الكتابة في الوطء بغير إذن المولى لا يؤاخذ بالعقر في الكتابة بالوطء بإذن المولى بالطريق الأولى، أما في المأذون يفترقان.

قوله: (وإن وطئها بالنكاح)، أي بغير إذن المولى بالنكاح، وكذلك المأذون له قنًّا أو مدبرًا.

حَتَّى يَعْتِقَ، وَكَذَلِكَ المَأْذُونُ لَهُ) وَوَجْهُ الفَرْقِ: أَنَّ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ ظَهَرَ الدَّيْنُ فِي حَقِّ المَوْلَى، لِأَنَّ التِّجَارَةَ وَتَوَابِعَهَا دَاخِلَةٌ تَحْتَ الكِتَابَةِ، وَهَذَا العُقْرُ مِن تَوَابِعِهَا، لِأَنَّهُ لَوْلَا الشِّرَاءُ لَمَا سَقَطَ الحَدُّ، وَمَا لَمْ يَسْقُطِ الحَدُّ لَا يَجِبُ العُقْرُ. أَمَّا لَمْ يَظْهَرْ فِي الفَصْلِ الثَّانِي، لِأَنَّ النِّكَاحَ لَيْسَ مِن الاِكْتِسَابِ فِي شَيْءٍ فَلَا تَنْتَظِمُهُ الكِتَابَةُ كَالكَفَالَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَى المُكَاتَبُ جَارِيَةً شِرَاءً فَاسِدًا، ثُمَّ وَطِئَهَا فَرَدَّهَا: أُخِذَ بِالعُقْرِ فِي المُكَاتَبَةِ، وَكَذَلِكَ العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ) لِأَنَّهُ مِن بَابِ التِّجَارَةِ، فَإِنَّ التَّصَرُّفَ تَارَةً يَقَعُ صَحِيحًا وَمَرَّةً يَقَعُ فَاسِدًا، وَالكِتَابَةُ وَالإِذْنُ يَنْتَظِمَانِهِ بِنَوْعَيْهِ كَالتَّوْكِيلِ فَكَانَ ظَاهِرًا فِي حَقِّ المَوْلَى.

فَصْلٌ: [إِذَا وَلَدَتِ المُكَاتَبَةُ مِن المَوْلَى]

قَالَ: (وَإِذَا وَلَدَتِ المُكَاتَبَةُ مِن المَوْلَى فَهِيَ بِالخِيَارِ: إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا، وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ) لِأَنَّهَا تَلَقَّتْهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ

قوله: (وهذا العقر)، أي: العقر الذي وجب على المكاتب بسبب وطء المشتراة من توابع التجارة، فإنه لو وطئها قبل الشراء عليه الحد، فعلم أن العقر وجب بسبب الشراء فيكون ضمان التجارة، وما يترتب عليه حكمه أيضًا حكم ضمان التجارة وإن كان مقابلًا بما ليس بمال كالهدية اليسيرة، والضيافة اليسيرة فإنها من توابع التجارة وإن كانت تبرعًا حقيقة، كذا ذكره المحبوبي.

فَصْلٌ

لما كانت مسائل هذا الفصل نوعًا آخر من جنس مسائل الفصل الأول فصلها بفصل.

قوله: (وصارت أم ولد) سواء صدقته المكاتبة في ذلك أم كذبته؛ لأن للمولى في رقبتها حقيقة الملك، وللمكاتبة حق الملك؛ فترجحت الحقيقة على الحق، فثبتت من غير تصديق، بخلاف ما إذا ادعى ولد أمه المكاتبة، فإن ثمة لا يثبت النسب إلا بتصديق المكاتبة؛ لأن للمولى حق الملك في إكسابها دون

عَاجِلَةٌ بِبَدَلٍ وَآجِلَةٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ فَتُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا، (وَنَسَبُ وَلَدِهَا ثَابِتٌ مِن المَوْلَى وَهُوَ حُرٌّ)، لِأَنَّ المَوْلَى يَمْلِكُ الإِعْتَاقَ فِي وَلَدِهَا وَمَا لَهُ مِن المِلْكِ يَكْفِي لِصِحَّةِ الاسْتِيلَادِ بِالدَّعْوَةِ. وَإِذَا مَضَتْ عَلَى الكِتَابَةِ أَخَذَتْ العُقْرَ مِن مَوْلَاهَا لِاخْتِصَاصِهَا بِنَفْسِهَا وَبِمَنَافِعِهَا عَلَى مَا قَدَّمْنَا.

ثُمَّ إنْ مَاتَ المَوْلَى: عَتَقَتْ بِالِاسْتِيلَادِ، وَسَقَطَ عَنْهَا بَدَلُ الكِتَابَةِ، وَإِنْ مَاتَتْ هِيَ وَتَرَكَتْ مَالًا: تُؤَدَّى مِنهُ مُكَاتَبَتُهَا، وَمَا بَقِيَ مِيرَاثٌ لِابْنِهَا ....

حقيقته، فيحتاج إلى التصديق، كذا في مبسوط شيخ الإسلام(١).

(وهو حر) أي: الولد حر ولا يعلم فيه خلاف.

(وما له) بفتح اللام، أي: والذي له (من الملك) في الجارية (يكفي لصحة الاستيلاد) أحدث العقر من مولاها، وبه قال الشافعي في قول، وأحمد، ومالك.

وقوله: (لما قدمنا) إشارة إلى قوله في فصل الكتابة الفاسدة أنها صارت أخص [٢/ ٣٣٥/ ب] بإجرائها.

قوله: (عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة) ولا خلاف فيه؛ لأنها التزمت المال لتسلم لها رقبتها بجهة الكتابة ولم تسلم بهذه الجهة فلم يجب البدل.

قوله: (وما بقي ميراث لابنها)، وقال أحمد: ما في يدها للسيد، وبه قال الشافعي؛ لبطلان الكتابة فيكون عتقه بالاستيلاد، فلا يكون ما في يدها ميراثا لابنها.

وقال مالك: من كان معه في كتابته من ورثته يؤدي ما بقي من كتابته، ويرث من ذكرنا ممن كان معه في الكتابة على قسمة الميراث، ولا يرث منه وارث حر.

قال ابن حزم: هذا قول لم يعرف من أحد وخلاف القرآن والسنة والمعقول.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٧/ ٢١٣).

جَرْيًا عَلَى مُوجَبِ الكِتَابَةِ، وَإِنْ لَمْ تَتْرُكْ مَالًا فَلَا سِعَايَةَ عَلَى الوَلَدِ لِأَنَّهُ حُرٌّ، وَلَوْ وَلَدَتْ وَلَدًا آخَرَ لَمْ يَلْزَمْ المَوْلَى، إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ لِحُرْمَةِ وَطْئِهَا عَلَيْهِ، فَلَوْ لَمْ يَدَّعِ وَمَاتَتْ مِن غَيْرِ وَفَاءٍ سَعَى هَذَا الوَلَدُ، لِأَنَّهُ مُكَاتَبٌ تَبَعًا لَهَا، فَلَوْ مَاتَ المَوْلَى بَعْدَ ذَلِكَ عَتَقَ وَبَطَلَ عَنْهُ السِّعَايَةُ، لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أُمِّ الوَلَدِ، إِذْ هُوَ وَلَدُهَا فَيَتْبَعُهَا.

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ المَوْلَى أُمَّ وَلَدِهِ: جَازَ) لِحَاجَتِهَا إِلَى اسْتِفَادَةِ الحُرِّيَّةِ قَبْلَ مَوْتِ المَوْلَى، وَذَلِكَ بِالكِتَابَةِ، وَلَا تَنَافِيَ بَيْنَهُمَا، لِأَنَّهُ تَلَقَّتْهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ (فَإِنْ مَاتَ المَوْلَى عَتَقَتْ بِالِاسْتِيلَادِ) لِتَعَلُّقِ عِتْقِهَا بِمَوْتِ السَّيِّدِ (وَسَقَطَ عَنْهَا بَدَلُ الكِتَابَةِ) لِأَنَّ الغَرَضَ مِن إِيجَابِ البَدَلِ العِتْقُ عِنْدَ الأَدَاءِ، فَإِذَا عَتَقَتْ قَبْلَهُ لَمْ يُمْكِنْ تَوْفِيرُ الغَرَضِ

قوله: (ولدًا آخر لم يلزم)، وينبغي أن يلزم بدون الدعوة؛ لأن نسب ولد أم الولد يثبت بالسكوت لا بالنفي، ولكن لا يثبت هاهنا بالسكوت؛ لأن ذلك في أم ولد لا يحرم وطؤها، أما التي وطئها محرمة باعتبار بقاء الكتابة لا يلزم نسب ولدها إلا بالدعوة.

وفي مبسوط فخر الإسلام: هذا إذا مضت على الكتابة، أما لو عَجَّزَت نفسها ولم تمض ثم ولدت فإنه يلزم المولى بدون الدعوة؛ لِحِلِّ وطئها حينئذ.

قوله: (**وإذا كاتب المولى أم ولده جاز**) والقياس أن لا يجوز عند أبي حنيفة؛ لعدم تقومها، فكيف يؤخذ بمقابلته بدل الكتابة؟ لكن جوزه باعتبار أن عقد الكتابة يرد على المملوك ليتوسل به إلى ملك اليد والمكاسب في الحال والحرية في باقي الحال، وحاجة أم الولد إلى هذا كحاجة غيرها، ذكره في المبسوط[1].

وقال ابن القاص من أصحاب الشافعي: لا تجوز كتابتها؛ لأن الشافعي قال: إذا استولد المكاتبة صارت أم ولد بحالها، وبه قال أحمد.

قوله: (**ولا تنافي بينهما**) أي: بين أمومية الولد والكتابة، فإن المولى إذا استولد المكتابة تبقى الكتابة، حتى صارت مخيرة بين التعجيز والإمضاء على الكتابة عندنا ومالك وأحمد، وعند الشافعي تبطل الكتابة.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٧/ ١٦٦).

عَلَيْهِ فَسَقَطَ وَبَطَلَتْ الكِتَابَةُ لِامْتِنَاعِ إِبْقَائِهَا بِغَيْرِ فَائِدَةٍ، غَيْرَ أَنَّهُ تُسَلَّمُ لَهَا الأَكْسَابُ وَالأَوْلَادُ، لِأَنَّ الكِتَابَةَ انْفَسَخَتْ فِي حَقِّ البَدَلِ وَبَقِيَتْ فِي حَقِّ الأَكْسَابِ وَالأَوْلَادِ، لِأَنَّ الفَسْخَ لِنَظَرِهَا وَالنَّظَرُ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ.

وَلَوْ أَدَّتْ المُكَاتَبَةُ قَبْلَ مَوْتِ المَوْلَى: عَتَقَتْ بِالكِتَابَةِ، لِأَنَّهَا بَاقِيَةٌ.

قَالَ: (وَإِنْ كَاتَبَ مُدَبَّرَتَهُ: جَازَ) لِمَا ذَكَرْنَا مِن الحَاجَةِ وَلَا تَنَافِي، إِذْ الحُرِّيَّةُ غَيْرُ ثَابِتَةٍ، وَإِنَّمَا الثَّابِتُ مُجَرَّدُ الِاسْتِحْقَاقِ ....

قوله: (غير أنه تسلم لها الأولاد والأكساب) أي: يعتق لها الأولاد وتخلص لها الأكساب كما إذا أعتقها المولى في حال بقاء الكتابة، وذلك لأن فسخ الكتابة في حق البدل للنظر لها، والنظر في انفساخها في حق سقوط البدل لا في حق الأولاد والاكتساب، وهذا لدفع شبهة ترد وهي أن استتباع الأولاد في الحرية والرِّقِّيةِ بالأم إنما يكون أن لو كانت الأولاد متصلة بالأم حالة الحرية والرِّقِّيةِ، وهاهنا الأولاد منفصلة عنها حال عتقها، فكيف يعتق الأولاد بعتقها عند موتها؟

فأجاب عنها بهذا وقال: عدم العتق للأولاد المنفصلة إنما يكون إذا لم تكن الأولاد داخلة في كتابة الأم بطريق التبعية، وهاهنا دخلت في كتابتها تبعا لها، فلهذا أعتقوا بعتقها وبطلت الكتابة بموتها في حق سقوط البدل نظرًا لها إلى آخر ما ذكرنا، إليه أشار في المبسوط.

وبه قال أحمد في رواية، وقال في رواية: ما في يدها لورثة سيدها، وبه قال الشافعي ومالك لبطلان الكتابة.

قوله: (ولو أدت) أي: أم الولد **(المكاتبة)** بالنصب أي: بدل الكتابة.

(لأنها) أي: الكتابة **(باقية)** وبه قال مالك وأحمد، وقال الشافعي: لا تعتق لبطلان الكتابة على ما ذكره ابن القاص.

قوله: (وإن كاتب مدبرة جاز) ولا يعلم فيه خلاف إلا ما روي عن الشافعي أن التدبير وصية والكتابة رجوع عنها، وإنما وضع المسألة في المدبرة لمناسبة أم الولد، وإن كانت هذه الأحكام في المدبر أيضًا كذلك.

(وَإِنْ مَاتَ المَوْلَى وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا: فَهِيَ بِالخِيَارِ بَيْنَ أَنْ تَسْعَى فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا، أَوْ جَمِيعِ مَالِ الكِتَابَةِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تَسْعَى فِي أَقَلَّ مِنهُمَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: تَسْعَى فِي الأَقَلِّ مِن ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا وَثُلُثَيْ بَدَلِ الكِتَابَةِ(*)، فَالخِلَافُ فِي الخِيَارِ وَالمِقْدَارِ، فَأَبُو يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي المِقْدَارِ، وَمَعَ مُحَمَّدٍ فِي نَفْيِ الخِيَارِ. أَمَّا الخِيَارُ فَفَرْعُ تَجَزُّؤِ الإِعْتَاقِ عِنْدَهُ، لَمَّا تَجَزَّأَ بَقِيَ الثُّلُثَانِ رَقِيقًا وَقَدْ تَلَقَّاهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ بِبَدَلَيْنِ مُعَجَّلٌ بِالتَّدْبِيرِ وَمُؤَجَّلٌ بِالكِتَابَةِ فَتُخَيَّرُ. وَعِنْدَهُمَا: لَمَّا عَتَقَ كُلُّهَا بِعِتْقِ بَعْضِهَا فَهِيَ حُرَّةٌ وَجَبَ عَلَيْهَا أَحَدُ المَالَيْنِ فَتَخْتَارُ الأَقَلَّ لَا مَحَالَةَ فَلَا مَعْنَى لِلتَّخْيِيرِ. وَأَمَّا المِقْدَارُ فَلِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ قَابَلَ البَدَلَ بِالكُلِّ، وَقَدْ سَلَّمَ لَهَا الثُّلُثَ بِالتَّدْبِيرِ، فَمِن المُحَالِ أَنْ يَجِبَ البَدَلُ بِمُقَابَلَتِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ سَلَّمَ لَهَا الكُلَّ بِأَنْ خَرَجَتْ مِن الثُّلُثِ يَسْقُطُ كُلُّ بَدَلِ الكِتَابَةِ، فَهُنَا يَسْقُطُ الثُّلُثُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا تَأَخَّرَ التَّدْبِيرُ عَنْ الكِتَابَةِ. وَلَهُمَا: أَنَّ

قوله: (**ولا مال له غيرها**) قيد به؛ لأنه لو كان له مال غيرها يخرج من الثلث بعتق وسقط عنها بدل الكتابة كما لو أعتقها، ذكره في المبسوط.

وقد مر أن المدبر يعتق من الثلث عند أكثر أهل العلم إلا عند النخعي وابن جبير وداود.

قوله: (**بقي الثلثان عبدًا**) أي: على الرق، وفي بعض النسخ: (رقيقًا).

قوله: (**فيخير**) لأن في التخيير فائدة لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل، وأداء أقل المالين أعسر لكونه حالًا وإن كان جنس المال متحدا، كذا في مبسوط فخر الإسلام.

قوله: (**قابل البدل بالكل**) أي: بكل المدبرة؛ لأنه أضاف العقد إلى كلها وهو محل قابل لهذا العقد كالقن فتصير كلها مكاتبا، وقد سلم لها ثلث نفسها مجانا فيجب أن يسقط بقدره [٢/ ٣٣٦/ أ] من ثلث البدل، وبه قال مالك.

قوله: (**كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة**)، يعني لو كاتب عبده أولًا ثم دبره

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

جَمِيعَ البَدَلِ مُقَابَلٌ بِثُلُثَيْ رَقَبَتِهَا فَلَا يَسْقُطُ مِنهُ شَيْءٌ، وَهَذَا لِأَنَّ البَدَلَ وَإِنْ قُوبِلَ بِالكُلِّ صُورَةً وَصِيغَةً، لَكِنَّهُ مُقَيَّدٌ بِمَا ذَكَرْنَا مَعْنًى وَإِرَادَةً، لِأَنَّهَا اسْتَحَقَّتْ حُرِّيَّةَ الثُّلُثِ ظَاهِرًا، وَالظَّاهِرُ: أَنَّ الإِنْسَانَ لَا يَلْتَزِمُ المَالَ بِمُقَابَلَةِ مَا يَسْتَحِقُّ حُرِّيَّتَهُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثِنْتَيْنِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ، كَانَ جَمِيعُ الأَلْفِ بِمُقَابَلَةِ الوَاحِدَةِ البَاقِيَةِ لِدَلَالَةِ الإِرَادَةِ، كَذَا هَاهُنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَقَدَّمَتْ الكِتَابَةُ وَهِيَ المَسْأَلَةُ الَّتِي تَلِيهِ، لِأَنَّ البَدَلَ مُقَابَلٌ بِالكُلِّ، إِذْ لَا اسْتِحْقَاقَ عِنْدَهُ فِي شَيْءٍ فَافْتَرَقَا، قَالَ: (وَإِنْ دَبَّرَ مُكَاتَبَتَهُ: صَحَّ التَّدْبِيرُ) لِمَا بَيَّنَّا.

(وَلَهَا الخِيَارُ، إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا

ثم مات ولا مال له سواه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة بالاتفاق؛ لأنه عتق ثلثه بالتدبير، فكذا فيما سبق التدبير، كذا في المبسوط.

ولهذا لو عتق كلها بالتدبير بأن كان يخرج من الثلث بطل كل البدل، فكذا إذا عتق ثلثه عنه اعتبارًا للبعض بالكل، ولهذا لو أدى كل البدل في حياته يعتق كله، فلو كان ثلثه مستحقًّا بالتدبير ولم يرد عليه عند الكتابة لما عتق كله بالأداء.

قوله: (لأنها) أي المدبرة **(استحقت الحرية ظاهرًا)** بالتدبير ولكن الاستحقاق غير مقرر لجواز أن يموتا قبل المولى، والمدبر يخرج من الثلث تبطل الكتابة، وكذلك في أم الولد إذا مات المولى فقد تقرر استحقاقها جميع نفسها، فبطلت الكتابة فعلم أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وهو الثلثان، وليس كما إذا أدى في حياته؛ لأن استحقاق الثلث قد بطل وبطل التقدير الذي قلنا.

قوله: (وإن دبر مكاتبته[١] صح) ولا يعلم فيه خلاف لأنه يملك تنجيز العتق فيه، فيملك التعليق بشرط الموت أيضًا، وكذا الحكم في تدبير مكاتبته لكن ذكر لفظ التأنيث لما ذكرنا من المناسبة.

وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله **(تلقتها جهتا حرية)**[٢].

---

(١) في الأصل: (مكاتبته)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) انظر المتن ص ٣٩٠.

وَصَارَتْ مُدَبَّرَةً) لِأَنَّ الكِتَابَةَ لَيْسَتْ بِلَازِمَةٍ فِي جَانِبِ المَمْلُوكِ، فَإِنْ مَضَتْ عَلَى كِتَابَتِهَا فَمَاتَ المَوْلَى وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا: فَهِيَ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَتْ سَعَتْ فِي ثُلُثَيْ مَالِ الكِتَابَةِ، أَوْ ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا، عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: تَسْعَى فِي الأَقَلِّ مِنهُمَا، فَالخِلَافُ فِي هَذَا الفَصْلِ فِي الخِيَارِ بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا. أَمَّا المِقْدَارُ فَمُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَى مُكَاتَبَهُ: عَتَقَ بِإِعْتَاقِهِ) لِقِيَامِ مِلْكِهِ فِيهِ (وَسَقَطَ بَدَلُ الكِتَابَةِ) لِأَنَّهُ مَا التَزَمَهُ إِلَّا مُقَابَلًا بِالعِتْقِ، وَقَدْ حَصَلَ لَهُ دُونَهُ، فَلَا يَلْزَمُهُ، وَالكِتَابَةُ وَإِنْ كَانَتْ لَازِمَةً فِي جَانِبِ المَوْلَى وَلَكِنَّهُ يُفْسَخُ بِرِضَا العَبْدِ، وَالظَّاهِرُ رِضَاهُ تَوَسُّلًا

قوله: (لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك) وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وفي الذخيرة: هذا فصل اختلف المشايخ فيه، وهو أن المكاتب إذا أراد تعجيز نفسه وقال المولى لا أعجزك، هل تنفسخ الكتابة؟

قال محمد بن سلمة: إذا أبى المولى تعجيزه فله ذلك ولا تنفسخ الكتابة بتعجيزه.

قال أبو بكر البلخي: هذا خلاف ما ذكر أصحابنا في كتبهم، فإنهم قالوا للعبد أن يعجز نفسه.

قوله: (بناء على ما ذكرنا) وهو قوله: (أما الخيار ففرع يجري الإعتاق) إلى آخره.

أما المقدار وهو القول بالثلثين سواء كان ذلك في بدل الكتابة أو قيمتها على قول أبي حنيفة، وكذلك على قولهما.

وقوله: (ووجهه ما بينا) إشارة إلى قوله (لأن البدل مقابل بالكل) إلى آخره.

قوله: (لكنه) أي: عقد الكتابة، وفي بعض النسخ (لكنها) أي: الكتابة تفسخ برضا العبد كما إذا باعه أو آجره المولى برضاه، فإنه يجوز وتفسخ الكتابة والظاهر رضاه، وأنزل الظاهر مقام الواقع حتى انفسخت الكتابة وإن لم يوجد منه الرضا حقيقة.

إِلَى عِتْقِهِ بِغَيْرِ بَدَلٍ مَعَ سَلَامَةِ الْأَكْسَابِ لَهُ لِأَنَّا نُبْقِي الكِتَابَةَ فِي حَقِّهِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ إِلَى سَنَةٍ، فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ مُعَجَّلَةٍ: فَهُوَ جَائِزٌ) اسْتِحْسَانًا. وَفِي القِيَاسِ: لَا يَجُوزُ، لِأَنَّهُ اعْتِيَاضٌ عَنْ الأَجَلِ، وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ، وَالدَّيْنُ مَالٌ، فَكَانَ رِبًا، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ مِثْلُهُ فِي الحُرِّ وَمُكَاتَبِ الغَيْرِ.

(**لأنا نبقي الكتابة في حقه**) أي في حق الإكساب بتأويل المكسوب أو المال نظرا للمكاتب وإنما ذكر هذا دفعا لشبهة ترد على قوله (**مع سلامة الأكساب له**) وهي أن يقال: ينبغي أن لا يسلم له الأكساب ويجب أن تكون للمولى، كما قالت الأئمة الثلاثة؛ لأن الأكسابَ أكسابُ عبدِه كما لو عجز نفسه وعاد إلى الرق والأكساب في يده بجامع أن في كل منهما انفساخ الكتابة.

فأجاب عنها بقوله لأنا نبقي الكتابة في حق الأكساب نظرا للمكاتب كما أن انفساخ الكتابة في حق سقوط البدل نظرا له كذا في الذخيرة.

قوله: (**وفي القياس لا يجوز**) وبه قال الشافعي ومالك.

وفي الحلية: وبه قال أبو يوسف وزفر لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال وكان ربا.

قوله: (**ولهذا لا يجوز مثله**) أي: لو كان له دين على الحر أو مكاتب الغير مؤجَّلًا فصالحه على بعضه مُعجَّلًا لا يجوز بالإجماع، فكذا هذا.

وجه الاستحسان وبه قال أحمد: أن الفساد في الحر ومكاتب الغير لمكان الربا، إذ الأصل ليس بمال مُتَقوَّم فلم يجز بمقابلة الحط به، وقد وجدنا سبيلا إلى الاحتراز، وهو أن يجعل ذلك فسخا منهما للكتابة وتجديد العقد على خمسمائة حالة؛ لأن بدل ذلك في معنى المعقود عليه، ألا ترى أن العجز عن أدائه يوجب حق الفسخ باعتبار الإضافة إليه بخلاف ثمن البيع؟

ولأن الأجل في حق المكاتب له شبه بالأموال؛ لأن المكاتب لا يقدر على أداء البدل إلا بأجل، فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه وليس بمال من وجه بدلالة أنه لا يصلح نصابا [٢/٣٣٦/ب] للزكاة ولا يوصف باللزوم حقيقة، فأشبه الحقوق التي ليست بمال، ولهذا لا تصح الكفالة، فكان كل واحد منهما مالًا من وجه فاعتدلا فلا يتحقق الربا.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ الأَجَلَ فِي حَقِّ المُكَاتَبِ مَالٌ مِن وَجْهٍ، لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الأَدَاءِ إِلَّا بِهِ فَأُعْطِيَ لَهُ حُكْمُ المَالِ، وَبَدَلُ الكِتَابَةِ مَالٌ مِن وَجْهٍ، حَتَّى لَا تَصِحَّ الكَفَالَةُ بِهِ فَاعْتَدَلَا فَلَا يَكُونُ رِبًا، وَلِأَنَّ عَقْدَ الكِتَابَةِ عَقْدٌ مِن وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ وَالأَجَلُ رِبًا مِن وَجْهٍ فَيَكُونُ شُبْهَةَ الشُّبْهَةِ، بِخِلَافِ العَقْدِ بَيْنَ الحُرَّيْنِ، لِأَنَّهُ عَقْدٌ مِن كُلِّ وَجْهٍ فَكَانَ رِبًا وَالأَجَلُ فِيهِ شُبْهَةٌ.

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ المَرِيضُ عَبْدَهُ عَلَى أَلْفَيْ دِرْهَمٍ إِلَى سَنَةٍ، وَقِيمَتُهُ أَلْفٌ، ثُمَّ مَاتَ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ، وَلَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ: فَإِنَّهُ يُؤَدِّي ثُلُثَي الأَلْفَيْنِ حَالًّا، وَالبَاقِيَ إِلَى

فأما الدين الذي على الحر فيصلح نصابا للزكاة ويوصف باللزوم حقيقة وتصح الكفالة به والأجل في حقه لا يشبه المال لأنه قادر بدونه فبطل الاعتياض.

ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما مر أن القياس يبقي هذا العقد لأن العبد وما في يده لمولاه، ولكن بالنظر إلى الأكساب ملك العبد يدًا هو عقد، ولأنه يمين من وجه فإن فيه معنى اليمين في جانب اليمين لأنه تعليق العتق بشرط الأداء والربا يجري في العقود من كل وجه كالبيع والإجارة.

(والأجل ربا) أي: فضل من وجه دون وجه لكان شبهة فكشبهة الشبهة وهي غير معتبرة وعقده مع الحر أو مكاتب الغير عقد من وجه فكان ربا الأجل شبهة فيعتبر.

فإن قيل: فلو كان عقد الكتابة عقدا من وجه كما ذكرتم ينبغي أن يجوز بيع المولى من مكاتبه درهما بدرهمين وذا لا يجوز ذكره في المبسوط.

قلنا: المكاتب كالأجنبي من وجه فيجري بينهما صريح الربا دون شبهته لما ذكرنا، كذا ذكره المحبوبي.

قوله: **(وَلَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ)** أي: التأجيل؛ لأن المريض لم يتصرف في حق الورثة إلا في حق التأجيل، فكان لهم أن يردوه، إذ بتأجيل المال أخر حق الورثة وفيه ضرر عليهم، فلا يصح بدون إجازتهم كذا في المبسوط.

(فإنه) أي: العبد **(يؤدي ثلثي الألفين)** وهو ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم.

أَجَلِهِ، أَوْ يُرَدُّ رَقِيقًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُؤَدِّي ثُلُثَيْ الأَلْفِ حَالًّا، وَالبَاقِيَ إِلَى أَجَلِهِ) لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَتْرُكَ الزِّيَادَةَ بِأَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى قِيمَتِهِ فَلَهُ أَنْ يُؤَخِّرَهَا، وَصَارَ كَمَا إِذَا خَالَعَ المَرِيضُ امْرَأَتَهُ عَلَى أَلْفٍ إِلَى سَنَةٍ جَازَ، لِأَنَّ لَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا بِغَيْرِ بَدَلٍ، وَلَهُمَا: أَنَّ جَمِيعَ المُسَمَّى بَدَلُ الرَّقَبَةِ حَتَّى أُجْرِيَ عَلَيْهَا أَحْكَامُ الأَبْدَالِ وَحَقُّ الوَرَثَةِ مُتَعَلِّقٌ بِالمُبْدَلِ فَكَذَا بِالبَدَلِ، وَالتَّأْجِيلُ إِسْقَاطٌ مَعْنًى فَيُعْتَبَرُ مِن ثُلُثِ الجَمِيعِ، بِخِلَافِ الخُلْعِ، لِأَنَّ البَدَلَ فِيهِ لَا يُقَابِلُ المَالَ، فَلَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّ الوَرَثَةِ بِالمُبْدَلِ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِالبَدَلِ، وَنَظِيرُ هَذَا: إِذَا بَاعَ المَرِيضُ دَارِهِ بِثَلَاثَةِ آلَافٍ إِلَى سَنَةٍ، وَقِيمَتُهَا أَلْفٌ، ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ تُجِزْ الوَرَثَةُ فَعِنْدَهُمَا: يُقَالُ لِلْمُشْتَرِي: أَدِّ ثُلُثَيْ جَمِيعِ الثَّمَنِ حَالًّا وَالثُّلُثَ إِلَى أَجَلِهِ وَإِلَّا فَانْقُضْ البَيْعَ، وَعِنْدَهُ: يُعْتَبَرُ الثُّلُثُ بِقَدْرِ القِيمَةِ لَا فِيمَا زَادَ عَلَيْهِ لِمَا بَيَّنَّا مِن المَعْنَى، ....

(لأن له) أي: للمريض (أن يترك الزيادة).

(فله) أي: للمريض (أن يؤخرها) أي: الزيادة؛ لأنه لما جاز له ترك أصله جاز له ترك وصفه وهو التعجيل بالطريق الأولى، ألا ترى أنه يجوز له أن يكاتبه على قدر قيمته؟ فالزيادة على قيمته لا تعتبر من ماله، وإنما يعتبر من ماله الألف، فلا يصح في ذلك تأجيله في ثلثي الألف، ويصح في الزيادة.

قوله: (حتى أجري عليها) أي: على الزيادة **(أحكام الأبدال)** من حق الأخذ بالشفعة وجريان بيع المرابحة وحق الحبس في المطالبة، فإنه لو باع دارا قيمتها ألف بألفين فالشفيع يأخذها بألفين، وكذا لو باعها المشتري مرابحة يبيعها بألفين ولو أدى المشتري ألفا وماطل في ألف للبائع أن يحبسه.

قوله: (والتأجيل إسقاط معنى) أي: إسقاط حق الورثة معنى **(فيعتبر)** أي: التأجيل **(من ثلث الجميع)** أي جميع البدل؛ لتعلق حقهم بجميع البدل وقد تبرع بتأجيله فلا يصح في قدر الثلثين منه.

وقوله: **(لما بينا من المعنى)** إشارة إلى ما ذكر من الدليل في الطرفين.

وحاصله: أن المحاباة في جميع الثمن وصية من الثلث عندهما؛ لأن التأجيل تبرع من المريض من حيث إن الوارث يصير ممنوعًا من المال بسبب

قَالَ: (وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى أَلْفٍ إِلَى سَنَةٍ، وَقِيمَتُهُ أَلْفَانِ، وَلَمْ تُجِزْ الوَرَثَةُ يُقَالُ لَهُ: أَدِّ ثُلُثَيْ القِيمَةِ حَالًّا، أَوْ تُرَدُّ رَقِيقًا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) لِأَنَّ المُحَابَاةَ هَاهُنَا فِي القَدْرِ وَالتَّأْخِيرِ فَاعْتُبِرَ الثُّلُثُ فِيهِمَا.

بَابُ مَنْ يُكَاتِبُ عَنِ العَبْدِ

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ الحُرُّ عَنْ عَبْدٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَإِنْ أَدَّى عَنْهُ عَتَقَ، وَإِنْ بَلَغَ العَبْدُ فَقَبِلَ: فَهُوَ مُكَاتَبٌ) وَصُورَةُ المَسْأَلَةِ: أَنْ يَقُولَ الحُرُّ لِمَوْلَى العَبْدِ: كَاتِبْ عَبْدَك عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ، عَلَى أَنِّي إنْ أَدَّيْت إلَيْك أَلْفًا فَهُوَ حُرٌّ، فَكَاتَبَهُ المَوْلَى عَلَى هَذَا:

التأجيل كما يصير ممنوعًا بنفس التبرع، وتبرع المريض يعتبر من ثلث المال، وجميع الثمن هنا بدل الرقبة؛ لجريان أحكام الإبدال من الأخذ بالشفعة إلى آخر ما ذكرنا.

وعند محمد الأجل فيما زاد، فصح من رأس المال، ويعتبر في قدر القيمة من الثلث، ولو كان على العكس بأن كاتبه على ألف وقيمته ألفان كما ذكر في المتن يؤدي ثلثي القيمة وهو الألف حالًّا، أو يُرَدُّ رقيقًا بالاتفاق؛ لأنه تبرع بإسقاط إحدى الألفين وتأخير الألف الأخرى، فيصح في الثلث ويبطل في الزيادة.

بَابُ مِنْ يُكَاتِبُ [عَنِ](١) الْعَبْدِ

لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالأصل في الكتابة شرع في بيان أحكام تتعلق بالنائب فيها.

قوله: (وإذا كاتب الحر عن عبد) أي: قبل الحر الأجنبي عقد الكتابة عن العبد فضوليًّا، وقيد بالحر؛ للاحتراز عن المسألة التي تليها.

قوله: يعتق بأدائه أي بأداء الحرِّ وذا يصح من غير قبول العبد صار مكاتبا خلافا للأئمة الثلاثة إذ يبطل العقد ولا يتوقف عندهم.

---

(١) في الأصل: (على)، والمثبت من النسخة الثانية.

يُعْتَقُ بِأَدَائِهِ بِحُكْمِ الشَّرْطِ، وَإِذَا قَبِلَ العَبْدُ صَارَ مُكَاتَبًا، لِأَنَّ الكِتَابَةَ كَانَتْ مَوْقُوفَةً عَلَى إِجَازَتِهِ وَقَبُولُهُ إِجَازَةٌ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ: عَلَى أَنِّي إِنْ أَدَّيْت إِلَيْك أَلْفًا: فَهُوَ حُرٌّ، فَأَدَّى، لَا يُعْتَقُ قِيَاسًا، لِأَنَّهُ لَا شَرْطَ، وَالعَقْدُ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَةِ العَبْدِ.

وَفِي الِاسْتِحْسَانِ: يُعْتَقُ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ لِلْعَبْدِ الغَائِبِ فِي تَعْلِيقِ العِتْقِ بِأَدَاءِ القَائِلِ، فَيَصِحُّ فِي حَقِّ هَذَا الحُكْمِ، وَيُتَوَقَّفُ فِي حَقِّ لُزُومِ الأَلْفِ عَلَى العَبْدِ. وَقِيلَ: هَذِهِ هِيَ صُورَةُ مَسْأَلَةِ الكِتَابِ (وَلَوْ أَدَّى الحُرُّ البَدَلَ، لَا يَرْجِعُ عَلَى العَبْدِ)

قوله: (يعتق بأدائه) وهو قول للأئمة الثلاثة.

وفي الاستحسان: يعتق؛ لأن الكتابة [٢/ ٣٣٧/ أ] نافذة فيما ينفع العبد، وهو أن يعتق عند أداء المشروط موقوفةً فيما يرجع إلى وجوب البدل عليه نظرا للعبد وتصحيحا للعقد بقدر الإمكان، وهذا بخلاف البيع، فإن في البيع يتوقف على إجازة المخير فيما له وفيما عليه، وهاهنا لا يتوقف فيما له؛ لأن المولى يملك إيجاب ما يثبت بعقد الكتابة وهو العتق بغير رضاه، والأجنبي أيضًا يملك إيجاب الحرية للمكاتب بأداء بدل الكتابة فيعتق بأدائه، فلذا اعتبر فعل الأجنبي فيما له دون فيما عليه.

أما في البيع القول بالنفاذ فيما يجب له دون ما يجب عليه غير ممكن؛ لأنه معاوضة من كل وجه، فيقتضي المساواة من الجانبين، فلذلك يوقف هنا فيما له وفيما عليه.

(وقيل: هذه) أي: بغير كلمة الشرط.

(صورة مسألة الكتاب) وقيل: المسألة مصورة بصورة التعليق كما ذكر في المتن.

وفي جامع التمرتاشي: لو قال العبد لا أقبله ثم أدى القابل الألف لم يعتق؛ لأنه ارتد العتق برده كذا روي عن محمد.

وكذا لو قال في صورة مسألة الكتاب: كاتب عبدك عني بألف فكاتبه، تصح الكتابة ويقع العتق عن المأمور في هذه الصورة كلها، بخلاف ما لو قال: أعتق عبدك عني بألف فأعتقه، فإن هناك يقع العتق عن الآمر، والفرق أن العتق

لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ.

أقوى من الملك حيث إن الملك يحتمل النقض بعد ثبوته، والعتق لا يحتمل، فأمكن إثبات الملك تبعا للعتق؛ لأن الأعلى يستتبع الأدنى، فأما الملك والكتابة فيستويان من حيث إن كل واحد منهما يحتمل النقض بعد ثبوته، ثم الملك يترجح عليه؛ لأنه يملك بحقيقة الملك من التصرف ما لا يملك بالكتابة، فكان الملك فوق الكتابة، فتعذر إثباته تبعا للكتابة؛ لأن الأدنى لا يستتبع الأعلى.

قوله: **(لأنه متبرع)** ولا مضطر في أدائه، وهل يرجع على المولى ويسترد منه ما أداه؟ إن أداه بحكم الضمان يسترده؛ لأن ضمانه كان باطلا، وصورته أن يقول: كاتِبْ عبدَكَ على ألف على أني ضامن، يرجع عليه؛ لأن ضمانه كان باطلا؛ لأنه ضمن غير الواجب، فيكون أداؤه بالضمان الفاسد فيرجع، ألا ترى أنه لو ضمن المال في الكتابة الصحيحة فأدى يرجع بما أدى عليه؟ فهذا أولى، وإن أداه بغير ضمان لا يرجع؛ لأنه متبرع، فإنه تبرع لتحصيل العتق وقد حصل فتم أداؤه فلا يرجع، فلو أدى البعضَ له أن يرجع سواء أدى بضمان أو غير ضمان.

فإن أدى بضمان فلما مر، وإن أدى بغير ضمان فكذلك؛ لأنه لم يحصل غرضه وهو العتق، فكان حكم الأداء موقوفا فيرجع كمن تبرع بأداء الثمن في البيع الموقوف كان له أن يسترد من البائع.

أما لو أدى البعض بعد إجازة العبد لا يرجع؛ لأن ثم حصل مقصود آخر وهو براءة ذمة العبد عن بعض البدل، هذا إذا أراد أن يرجع على المولى قبل إجازة العبد فلو أراد الرجوع بعد إجازة العبد فلو أدى بحكم الضمان يرجع لما ذكرنا.

وإن أدى بغير الضمان لا يرجع، سواء أدى الكل أو البعض؛ لأن أداءه يكون مُبرِّئًا ذمة المكاتب عن البدل فيحصل مقصوده فلا يرجع.

هذا إذا قال الحر للمولى: كاتب عبدك على ألف عليّ، فإن قال: أعتقه بألف فهو على أربعة أوجه، أما إن قال: أعتقه بألف ولم يرد عليه، أو قال: عني بألف، أو قال: أعتقه بألف عليّ، أو قال: أعتقه عن نفسك بألف عليّ.

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ العَبْدُ عَنْ نَفْسِهِ، وَعَنْ عَبْدٍ آخَرَ لِمَوْلَاهُ وَهُوَ غَائِبٌ، فَإِنْ أَدَّى الشَّاهِدُ، أَوْ الغَائِبُ: عَتَقَا) وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ: أَنْ يَقُولَ العَبْدُ: كَاتِبْنِي بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى نَفْسِي وَعَلَى فُلَانٍ الغَائِبِ، وَهَذِهِ كِتَابَةٌ جَائِزَةٌ اسْتِحْسَانًا.

وَفِي القِيَاسِ: يَصِحُّ عَلَى نَفْسِهِ، لِوِلَايَتِهِ عَلَيْهَا، وَيُتَوَقَّفُ فِي حَقِّ الغَائِبِ، لِعَدَمِ

ففي الأول: لا يجب على الفضولي شيء إذا أعتقه ولو أدَّى يسترده منه ولو استهلكه يضمنه؛ لأن الإعتاق متردد بين أن يقع عن المأمور وبين أن يقع عن الآمر، ووقوعه عن المالك أصل وعن غيره عارض، فإذا وقع العتق عن المالك هو المنتفع بملك نفسه فلا يستوجب البدل على غيره.

وفي الوجه الثاني: يقع العتق عن الآمر ويلزمه المال عند علمائنا الثلاثة استحسانا اقتضاء.

وفي الوجه الثالث: لا يلزمه شيء من المال؛ لأن الولاء ثبت للمأمور هو المنتفع بملكه فلا يستوجب البدل على الآمر، بخلاف ما لو قال: طلِّقِ امْرأتَكَ على ألف عليّ حيث يلزم الألف على الآمر؛ لأنه لا منفعة للزوج في إيقاع الطلاق كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي والصدر الشهيد.

[٢/ ٣٣٧/ ب] وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده: أن المال يلزم الآمر بالإعتاق ويقع العتق عنه؛ لأن قوله: عَليَّ، إيجاب ضمان على نفسه، ولا صحة له إلا بعد وقوع العتق عنه، فيثبت الأمر بالعتق عن نفسه بمقتضى صحة إيجاب الضمان عليه كما لو قال: أعتق عبدك عني بألف.

وفي الوجه الرابع: لا يلزمه المال وله أن يسترده إذا أداه إليه كما في قولك: كل طعامك بعوض علي، بخلاف قوله: طلق امرأتك عن نفسك بألف عليَّ، حيث يلزمه الألف لما ذكرنا كذا في جامع المحبوبي ومبسوط شيخ الإسلام.

قوله: (وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر) أي قبل العبد عقد الكتابة عن مولاه وعن نفسه وعن عبد غائب، يتوقف في حق الغائب قياسا؛ لعدم ولايته عليه كما لو جمع بين عبده وبين عبد غيره فباعهما.

وعند الأئمة الثلاثة: لا يصح في حق العبد الغائب، وهو القياس.

الوِلَايَةِ عَلَيْهِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ الحَاضِرَ بِإِضَافَةِ العَقْدِ إِلَى نَفْسِهِ ابْتِدَاءً جَعَلَ نَفْسَهُ فِيهِ أَصْلًا وَالغَائِبُ تَبَعًا، وَالكِتَابَةُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ مَشْرُوعَةٌ، كَالأَمَةِ إِذَا كُوتِبَتْ دَخَلَ أَوْلَادُهَا فِي كِتَابَتِهَا تَبَعًا حَتَّى عَتَقُوا بِأَدَائِهَا وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ مِن البَدَلِ شَيْءٌ، وَإِذَا أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ يَنْفَرِدُ بِهِ الحَاضِرُ، ....

وجه الاستحسان: أنه أمكن تصحيح تصرف المولى في حق الغائب بأن يجعل عتق الغائب معلّقًا بأداء الحاضر، كما لو كاتب الحاضر بألف ثم قال له: إن أديتها ففلان حر، فإنه يصح من غير قبول الغائب، وهذا لأن المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل الغائب تبعا له.

والكتابة على هذا الوجه مشروعة، كما لو كاتب الأمة دخل أولادها في كتابتها تبعًا حتى يعتق بأدائها، فكذلك هاهنا، فإذا نفذ فلا يتوقف على قبول الغائب بشيء من بدل الكتابة ولا يعتبر رده الكتابة وإجازته، ولو اكتسب شيئًا لا يأخذه المولى من يده، وليس للمولى أن يبيعه من غيره ولو أبرأه المولى أو وهبه بدل الكتابة لا يصح إذ ليس عليه شيء من البدل، أما لو أبرأ الحاضر أو وهبه البدل عَتَقا جميعا كذا ذكر المحبوبي وغيره.

ولا يقال ينبغي على هذا أن المولى إذا أعتق الغائب لا تبطل حصته من بدل الكتابة كما في أولاد الجارية، والحال أنه تبطل وينبغي أن يعتق الغائب بعتق الحاضر كما في الأولاد، والحال أن الغائب لا يعتق لعتق الحاضر.

لأنا نقول في المسألة الأولى: إنما لا يسقط شيء من بدل الكتابة عند إعتاق الولد المولود في الكتابة؛ لأن الولد لم يكن مقصودا في العقد، إذ هو غير موجود وقت العقد بل دخل تبعًا، فلا يسقط بفواته شيء من البدل بخلاف العبد الغائب؛ لأنه تبع من وجه من حيث إنه لا ضرر على الغائب في انعقاد العقد وأصل من وجه من حيث إن العقد أضيف إليه مقصودًا فكان البدل منقسما عليهما بالنظر إلى أصل العقد، فلهذا سقطت حصته، وأما الأولاد فتبع من كل وجه فلا يسقط شيء من البدل بإعتاقهم؛ لأن البدل لا يقابل الإتباع، إليه أشار في المبسوط[1]، وجامع المحبوبي.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٨/ ٢٤).

فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِكُلِّ البَدَلِ لِأَنَّ البَدَلَ عَلَيْهِ لِكَوْنِهِ أَصْلًا فِيهِ، وَلَا يَكُونُ عَلَى الغَائِبِ مِن البَدَلِ شَيْءٌ، لِأَنَّهُ تَبَعٌ فِيهِ.

قَالَ: (وَأَيُّهُمَا أَدَّى عَتَقَا، وَيُجْبَرُ المَوْلَى عَلَى القَبُولِ) أَمَّا الحَاضِرُ فَلِأَنَّ البَدَلَ عَلَيْهِ. وَأَمَّا الغَائِبُ: فَلِأَنَّهُ يَنَالُ بِهِ شَرَفَ الحُرِّيَّةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ البَدَلُ عَلَيْهِ وَصَارَ كَمُعِيرِ الرَّهْنِ إِذَا أَدَّى الدَّيْنَ يُجْبَرُ المُرْتَهِنُ عَلَى القَبُولِ لِحَاجَتِهِ إِلَى اسْتِخْلَاصِ عَيْنِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الدَّيْنُ عَلَيْهِ. قَالَ: (وَأَيُّهُمَا أَدَّى لَا يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ) لِأَنَّ الحَاضِرَ قَضَى دَيْنًا عَلَيْهِ، وَالغَائِبُ مُتَبَرِّعٌ بِهِ غَيْرُ مُضْطَرٍّ إِلَيْهِ.

قوله: (فله أن يأخذه) أي: للمولى أن يأخذ العبد الحاضر بكل البدل.

قوله: (ويجبر المولى على القبول).

في القياس: لا يجبر؛ لأن الغائب متبرع غير مطالب بشيء من البدل وهو قول الأئمة الثلاثة.

ولأن البدل يسقط بموت من عليه حين لم يترك وفاء، وينفسخ العقد ويبقى الغائب عبدًا قنًّا للمولى، ولكنا استحسَنّا بأنه يجبر على القبول حتى يُعْتَقَا جميعا بأداء الغائب؛ لأن حكم العقد ثبت في حق الغائب فيما لا يصير به في جواب الاستحسان، ولكنه بمنزلة البيع بحكم العقد في حق الحاضر، كذا في المبسوط[1].

وفي جامع المحبوبي: إلا أنه يقبل منه المال حالًا ولا يمكن من السعاية على نجوم الحاضر، نص عليه محمد في المكاتب.

وذلك لأن الأجل كان ثابتًا للحاضر حقًّا له فلا يثبت حقًّا لغيره، كمن اشترى دارًا بثمن مؤجل، فالشفيع يأخذها بثمن حالٍّ لما أن الأجل وصف في الدين وليس في ذمة الغائب دين فلا يثبت الأجل في حقه أيضًا؛ لأن الحاضر قضى دينا عليه إذ بدل الكتابة عليه وذلك كالمكاتب إذا أدى البدل حتى عتق هو وأولاده المولود في الكتابة لم يرجع على ولده بشيء لما قلنا أن الدين عليه.

قوله: (متبرع غير مضطر) أي: من جهة الحاضر بل طلب نفعًا مبتدأً

---

(١) المبسوط للسرخسي (٨/ ١٥).

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ العَبْدَ الغَائِبَ بِشَيْءٍ) لِمَا بَيَّنَّا (فَإِنْ قَبِلَ العَبْدُ الغَائِبُ، أَوْ لَمْ يَقْبَلْ: فَلَيْسَ ذَلِكَ مِنهُ بِشَيْءٍ، وَالكِتَابَةُ لَازِمَةٌ لِلشَّاهِدِ) لِأَنَّ الكِتَابَةَ نَافِذَةٌ عَلَيْهِ مِن غَيْرِ قَبُولِ الغَائِبِ، فَلَا تَتَغَيَّرُ بِقَبُولِهِ، كَمَنْ كَفَلَ عَنْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَبَلَغَهُ فَأَجَازَهُ لَا يَتَغَيَّرُ حُكْمُهُ، حَتَّى لَوْ أَدَّى لَا يُرْجِعُ عَلَيْهِ، كَذَا هَذَا.

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَتِ الأَمَةُ عَنْ نَفْسِهَا، وَعَنْ ابْنَيْنِ لَهَا صَغِيرَيْنِ: فَهُوَ جَائِزٌ، وَأَيُّهُمْ أَدَّى لَمْ يَرْجِعْ عَلَى صَاحِبِهِ، وَيُجْبَرُ المَوْلَى عَلَى القَبُولِ، وَيُعْتَقُونَ) لِأَنَّهَا

بخلاف مُغَيِّرِ الرهن؛ لأنه مضطر فيه لأنه يفوت ملكه الثابت.

قوله: [٢/٣٣٨/أ] **(فإن قبل الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء)** أي: يؤثر قبوله في لزوم بدل الكتابة عليه؛ لأنه ليس للمولى أن يأخذ الغائب أجاز الغائب أو لم يجز، وكذلك رده لا يؤثر في حق رده عقد الكتابة عن الحاضر بل العقد لازم.

(للشاهد) أي: الحاضر وإن رده الغائب.

قوله: **(وإذا كاتبت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين)** أي: قبلت عقد الكتابة على نفسها على أنها والحكم في العقد كذلك وليس في وضع المسألة في الأمة فائدة سوى ما ذكره في كشف الغوامض أن لرواية الجامع من الفائدة ما ليس في مكاتب المبسوط فإن هناك المسألة فيمن كاتب عبده على نفسه وأولاده الصغار فلولا رواية الجامع القائل بقول للأب على الصغير ولاية وليس للأم، فرواية الجامع الصغير تبين أن ذلك كله سواء.

وفائدة وضع المسألة في الصغيرين وإن كان في الكبيرين كذلك هي ترتيب ما ذكره من الجواب بقوله: **(وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه)**.

(ويعتقون)؛ لأنه لولا هذا الوضع لقائل أن يقول في مثل هذا الوضع: إذا أدى أحد الاثنين ينبغي أن لا يعتق الابن الآخر؛ لأنه لا أصالة بينهما ولا تبعية، بخلاف الأمة وابنها فإن أداء الأم كأداء ابنها بطريق أنها تستتبعه، وكذلك أداء الابن كأداء أمه؛ لدخوله في كتابتها تبعا، أما أداء هذا الابن ليس كأداء أخيه لما أنه لا تبعية بينهما.

جَعَلَتْ نَفْسَهَا أَصْلًا فِي الكِتَابَةِ وَأَوْلَادَهَا تَبَعًا عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى وَهِيَ أَوْلَى بِذَلِكَ مِن الأَجْنَبِيِّ.

بَابُ كِتَابَةِ العَبْدِ المُشْتَرَكِ

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، أَذِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يُكَاتِبَ نَصِيبَهُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَيَقْبِضَ بَدَلَ الكِتَابَةِ فَكَاتَبَ وَقَبَضَ بَعْضَ الأَلْفِ، ثُمَّ عَجَزَ، فَالمَالُ لِلَّذِي قَبَضَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، ....

ولهذا وضع المسألة في المبسوط في الأولاد الصغار ليفيد هذه الفائدة، ولكن اختار في الجامع الصغير لفظ التثنية لأنه أقل ما يتحقق فيه هذه الفائدة.

وفي الكافي: وليس جوازه منها على ابنيها بطريق الولاية إذ لا ولاية للأم الحرة على ولدها فكيف تثبت للأمة بل جعلت نفسها أصلا في الكتابة فيجوز عليها قصدًا وعليهما تبعًا استحسانًا كما في كتابة الحاضر على نفسه وعلى عبد الغائب.

قوله: (**على ما بينا في المسألة الأولى**) وهي كتابة العبد عن نفسه وعن العبد الغائب (**وهي**) أي: الأم (**أولى بذلك من الأجنبي**) أي: لما جاز هذا العقد في حق الأجنبي على ما ذكر في المسألة الأولى فأولى أن يجوز عقد الأم في حق ولدها؛ لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبي.

بَابُ كِتَابَةِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ

ذكر كتابة رجلين بعد كتابة الواحد لما أن الاثنين بعد الواحد.

اعلم أن كتابة أحد الشريكين نصيبه بغير إذن صاحبه لم تجز عند الشافعي ومالك؛ لتضرر شريكه، وعندنا تجوز ولصاحبه نقضه، وعند أحمد والحسن وابن أبي ليلى تجوز ولا ينقضه صاحبه، فإذا أدى العبد البدل ومثله للساكت بعتق وبإذن صاحبه يجوز، وبه قال الشافعي في قول، وفي قول لا يجوز، وبه قال مالك.

قوله: (**أن يكاتب نصيبه**) أي: نصيب المأذون.

قوله: (**وأصله**) أي: أصل قوله: (**أن المال للذي قبض عند أبي حنيفة**)

---

(١) انظر المتن ص ٤٠٤.

وَقَالَا: هُوَ مُكَاتَبٌ بَيْنَهُمَا وَمَا أَدَّى فَهُوَ بَيْنَهُمَا)(*) وَأَصْلُهُ: أَنَّ الكِتَابَةَ تَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ، خِلَافًا لَهُمَا، بِمَنْزِلَةِ الإِعْتَاقِ، لِأَنَّهَا تُفِيدُ الحُرِّيَّةَ مِن وَجْهٍ، فَتَقْتَصِرُ عَلَى نَصِيبِهِ عِنْدَهُ لِلتَّجَزُّؤِ، وَفَائِدَةُ الإِذْنِ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ حَقُّ الفَسْخِ كَمَا يَكُونُ لَهُ إِذَا لَمْ يَأْذَنْ، وَإِذْنُهُ لَهُ بِقَبْضِ البَدَلِ إِذْنٌ لِلْعَبْدِ بِالأَدَاءِ، فَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا بِنَصِيبِهِ عَلَيْهِ، ....

وعندهما هو بينهما، وذلك لأنه لما كان لا تتجزأ الكتابة عندهما كان بكتابته أحدهما نصيبه صار كله مكاتبا، والإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل، فيصير البدل لهما جميعا، كما لو كاتباه جميعا وعجز وفي يده أكساب يكون الاكتساب بينهما، فكذا هاهنا، وعند أبي حنيفة لما كان يتجزأ كالإعتاق اقتصرت الكتابة على نصيب المكاتب، وليس للآخر حق النقض؛ لأنه كاتب بإذنه.

(وإذنه) أي: إذن الشريك (له) أي: للشريك المكاتب (بقبض البدل).

(فيكون) أي: الشريك الآذن (متبرعا بنصيبه) من الكسب.

(عليه) أي: على المكاتب، فيكون المكاتب أحق به أو يقول: لمّا أذن صار نصيب المكاتب عنده مكاتبًا، ويبقى نصيب الآذن عبدًا، فكان كسبه بعضه مملوكًا للمكاتب وبعضه لمولاه، فمتى أذن الذي لم يكاتب لشريكه بقبض بدل الكتابة فقد أذن لعبده بقضاء دينه من كسبه، فيكون الآذن متبرعًا بنصيب نفسه من الكسب على العبد، فإذا تم تبرعه بقبض الشريك المكاتب لم يرجع، فصار كما لو وهب من مكاتبه شيئًا ثم المكاتب ملكه من غيره بعوض وعجز.

وفي الكافي: ليس للساكت أن يأخذ منه نصفه؛ لأن [الإذن][1] له بقبض البدل [٢/ ٣٣٨/ ب] إذنٌ للمكاتب بالأداء، والإذن بالأداء تبرع منه بنصيبه من الكسب على المكاتب، وقد تم بقبض المكاتب فسلم كله له كَرَبِّ الوديعة إذا أمر المودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل فكذا هذا، إلا إذا نهاه قبل الأداء فيصح نهيه؛ لأنه تبرع ولم يتم.

ولو أذن وهو مريض وأدى من كسبه بعض الكتابة صح من كل ماله؛ لأن الكسب إذا لم يكن موجودًا حالة الإذن فالآذن لم يتبرع بشيء من ماله حتى يعتبر

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) في الأصل (للآذن)، وما أثبتناه من النسخة الثانية.

....

من الثلث، وإنما يتبرع بمنافع العبد حيث أذن له بصرفها في أداء بدل الكتابة، وتبرع المريض بالمنافع يعتبر من جميع المال لا من الثلث؛ لأن حق الورثة يتعلق بالأعيان لا بالمنافع، وإن كان قد اكتسب قبل الكتابة فأذن له في أداء بدل الكتابة يعتبر من الثلث؛ لوجود الكسب وقت الإذن وتعلق حق الورثة به.

فإن قيل: للمتبرع أن يرجع بما تبرع إذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع بأداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض يرجع بما تبرع، إذ المقصود -وهو سلامة المبيع للمشتري- لم يحصل، وكذا لو تبرع بالمهر عن الزوج ثم جاءت الفرقة من جهتها قبل الدخول يرجع بما تبرع؛ لأن مقصوده -وهو سلامة البضع للزوج- لم يحصل، وهاهنا أيضًا مقصوده بالإذن بالتبرع حصول عتقه ولم يحصل بالعجز.

قلنا: المتبرع عليه هاهنا المكاتب من وجه من حيث إن مقصود الآذن عتقه، وبعد العجز صار مرقوقا له من كل وجه، والمولى لا يستوجب على عبده دينًا ولا عيبًا، خصوصًا إذا خرج عن يده بالتسليم إلى المكاتب، بخلاف الزوجة والبائع؛ لأن ذمتهما صالحة لوجوب دين المتبرع؛ فيثبت له حق الرجوع إذا لم يحصل مقصوده، كذا ذكره المحبوبي وقاضي خان.

قوله: (وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ)[1] وإنما ذكر هذا لئلا يتوهم أن الإذن شرط في حق جواز كتابة نصيبه، فإنه لو كانت نصيبه صحت الكتابة ونفذت بالإجماع عند أبي حنيفة في نصيبه، وعندهما في الكل، وثبت للساكت حق الفسخ بالاتفاق، فلو لم يفسخ حتى أدى البدل عتق حظه عند أبي حنيفة، وللساكت أن يأخذ من المكاتب نصف ما أخذ من البدل؛ لأنه كسب عبد مشترك.

فإن قيل: الكتابة إما عقد معاوضة أو إعتاق معلق بأداء المال، فلو باع نصيبه أو أعتق أو دبر أو علق عتقه بأداء بغير إذن شريكه ليس للساكت أن يفسخه، فينبغي أن يكون في الكتابة كذلك.

---

(١) انظر المتن ص ٤٠٤.

فَلِهَذَا كَانَ كُلُّ المَقْبُوضِ لَهُ. وَعِنْدَهُمَا: الإِذْنُ بِكِتَابَةِ نَصِيبِهِ إِذْنٌ بِكِتَابَةِ الكُلِّ لِعَدَمِ التَّجَزُّؤِ، فَهُوَ أَصِيلٌ فِي ....

قلنا: اختص ذلك بالكتابة؛ لأن المكاتب بالكتابة ألحق ضررًا لشريكه الساكت، فإن بسبب كتابته يبطل حقه في نصيبه بيعا وهبة ويصير حرًّا يدًا، والكتابة قابلة للفسخ فيفسخ دفعًا للضرر.

ولهذا إذا زوجت نفسها بغير كُفْءٍ فللأولياء حق الاعتراض، وإن تصرفت في خالص ملكها لأنها ألحقت لهم ضررًا فكذا هذا، بل أولى لأن الكتابة أقبل للفسخ من النكاح، فإن النكاح لا يفسخ إلا بقصور في ولاية العاقد، والكتابة تفسخ بتراضيهما من غير قصور في ولاية العاقد، بخلاف البيع فإنه وإن كان يقبل الفسخ لكن في بيع نصيبه لا يلحق ضرر على شريكه حتى لو كان في بيع نصيبه ضرر على صاحبه كان للآخر حق الفسخ، فإن الدار لو كانت مشتركة وباع أحدهما نصف بيت معلوم كان للآخر حق الفسخ، وبخلاف الإعتاق وتعليقه حيث لا يقبلان الفسخ، إليه أشار في الذخيرة.

هذا الذي ذكرنا إذا كاتبه أحد الشريكين فأما إذا كاتبه الشريكان معا كتابة واحدة يجوز، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

فإذا أدى إلى أحدهما حصته لم يعتق نصيبه منه ما لم يؤد جميع المكاتبة إليهما؛ لأن عقد الكتابة واحد في حق المكاتب فلا يعتق بأداء البعض، كما لو كان الرجل واحدًا، وهذا لأن المقبوض غير سالم لشريكه بل يشركه فيما قبض؛ لأنه مال لهما [٢/ ٣٣٩/ أ] وجب بسبب واحد عوضًا عما هو مشترك بينهما، فكان أداؤه إلى أحدهما كأدائه إليهما وإن أعتقه أحدهما جاز، وكذا لو أبرأه من نصيبه أو هبة له عتق، ثم المكاتب بالخيار بعد إعتاق أحدهما إن شاء عجز ويكون الشريك بالخيار بين التضمين والسعاية في نصف القيمة والعتق في قول أبي حنيفة، وبين العتق والسعاية إن كان المعتق معسرًا.

وعن محمد يضمن الأقل من نصف القيمة ونصف ما بقي من مكاتبته، وكذا العبد يسعى في الأقل عند عسرة المعتق، كذا في المبسوط.

وفي الكافي: لو كاتب أحدهما كله أو حظه بألف ثم كاتب الآخر كله أو

النِّصْفِ، وَكِيلٌ فِي النِّصْفِ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَالمَقْبُوضُ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا، فَيَبْقَى كَذَلِكَ بَعْدَ العَجْزِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ جَارِيَةٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ كَاتَبَاهَا، فَوَطِئَهَا أَحَدُهُمَا، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ، ثُمَّ وَطِئَهَا الآخَرُ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ، ثُمَّ عَجَزَتْ: فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَوَّلِ) لِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى أَحَدُهُمَا الوَلَدَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ المِلْكِ لَهُ فِيهَا، وَصَارَ نَصِيبُهُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، لِأَنَّ المُكَاتَبَةَ لَا تَقْبَلُ النَّقْلَ مِن مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ فَتَقْتَصِرُ أُمُومِيَّةُ الوَلَدِ عَلَى نَصِيبِهِ كَمَا فِي المُدَبَّرَةِ المُشْتَرَكَةِ، وَإِذَا ادَّعَى الثَّانِي وَلَدَهَا الأَخِيرَ: صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ مِلْكِهِ ظَاهِرًا، ثُمَّ إِذَا عَجَزَتْ بَعْدَ ذَلِكَ جُعِلَتْ الكِتَابَةُ كَأَنْ لَمْ تَكُنْ وَتَبَيَّنَ أَنَّ الجَارِيَةَ كُلَّهَا

حظه بمائة دينار صار مكاتبًا لهما.

أما عند أبي حنيفة فلأن الكتابة تتجزأ فنفذت كتابة كل في حظه، وأما عندهما فبكتابة الأول صار مكاتبا وللآخر حق الفسخ، فإذا كاتبه كان فسخًا منه في نصفه، وأيهما قبض شيئًا ممن بدل نصيبه لا يشاركه الآخر في ذلك ويعلق عتق نصيب كل واحد بجميع بدل الكتابة المسمى في كتابة نصيبه، وإن أدى إليهما فالولاء لهما عندهم، وإن قدم أحدهما صار كمكاتبتهما حرره أحدهما عتق بعتق نصفه عند أبي حنيفة، ويبقى نصيب صاحبه مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية إلا أن يعجز المكاتب فيضمن القابض نصيب صاحبه، إن كان موسرًا ويسعى العبد في نصف قيمته إن كان معسرًا.

وعندهما يعتق كله ويضمن نصيب صاحبه إن كان موسرًا ويسعى في نصف قيمته إن كان معسرًا عند أبي يوسف، وعند محمد يضمن الأقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة في اليسار ويسعى في الإعسار ذلك.

قوله: (فادعاه) أي: صحت دعوته وثبت النسب ثم وطئها الآخر فجاءت بولد.

(فادعاه) أي: صحت دعوته أيضًا ويثبت النسب كما في المدبرة المشتركة، فإنه يضمن أمومية الولد في المدبرة المشتركة على نصيبه بالإجماع.

قوله: (لقيام ملكه ظاهرًا) قيد به لأنه بالنظر إلى بقاء الكتابة ملك الثاني باق

أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَوَّلِ، لِأَنَّهُ زَالَ المَانِعُ مِن الِانْتِقَالِ وَوَطْؤُهُ سَابِقٌ (وَيَضْمَنُ لِشريكِه نِصْفَ قِيمَتِهَا) لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَهُ لَمَّا اسْتَكْمَلَ الِاسْتِيلَادَ (وَنِصفَ عُقْرِهَا) لِوَطْئِهِ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً (وَيَضْمَنُ شَرِيكُهُ كَمَالَ عُقْرِهَا وَقِيمَةَ الوَلَدِ وَيَكُونُ ابْنَهُ) لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ المَغْرُورِ،

فيهما، وبالنظر إلى التعجيز لم يبق ملكه فيها، والظاهر أنها تمضي كتابتهما فيكون ملك الثاني باقيا فيها، ثم استيلاد المكاتبة لما كان يتجزأ عند أبي حنيفة كان استيلاد الأول مقتصرا على نصيبه، ونصيب الساكت باقيًا على حاله، فلما وطئ الثاني وجاءت بولد فادعاه الثاني كانت دعوته مصادفة لملكه من حيث الظاهر؛ لأن الظاهر هو أن يمضي على كتابتها، فكان وطؤه واقعًا في ملكه والذي حدث من العجز إنما حدث فيها بعد صحة الدعوى، فلا يبطل حكم النسب ظاهرًا كما في ولد المغرور؛ لأنه حر بالقيمة لأنه حين استولدها كانت حرة في الظاهر.

قوله: (ويضمن شريكه) أي: شريكه الثاني **(كمال عقرها)**.

وفي المبسوط: ولم يذكر حكم العقر، ثم قال على رواية الكتاب: يوجب نصف العقر على الثاني، ونصف العقر على الأول، فيكون أحدهما قصاصًا بالآخر.

ثم قال: وقد بينا في كتاب الدعوى أن الأصح وجوب جميع العقر على الثاني، وبينا قول أبي يوسف ومحمد هناك أيضًا أنه حين استولدها أحدهما صار الكل أم ولد له، وهي مكاتبته فلا يصح الاستيلاد من الثاني بعد ذلك، ولا يثبت النسب منه بالدعوة.

وذكر قاضي خان: وحاصل الاختلاف راجع إلى أن الاستيلاد في الكتابة يتجزأ عنده خلافا لهما، وأجمعوا أنه لا يتجزأ في القنة ويتجزأ في المدبرة.

قوله: (وقيمة الولد) أي: يضمن قيمة الولد أيضًا.

فإن قيل: ولد أم الولد لا قيمة له عند أبي حنيفة، فكيف يستقيم إيجاب القيمة على أصله؟ بل ينبغي أن يجعل حرًّا بغير شيء أو يرد إلى مولى الأم وهو الواطئ الأول.

قلنا: عدم تقومها على الإطلاق غير مسلم، بل متقوم في الجملة، فإنه لو

لِأَنَّهُ حِينَ وَطِئَهَا كَانَ مِلْكُهُ قَائِمًا ظَاهِرًا.

وَوَلَدُ المَغْرُورِ ثَابِتُ النَّسَبِ مِنهُ حُرٌّ بِالقِيمَةِ عَلَى مَا عُرِفَ، لَكِنَّهُ وَطِئَ أُمَّ وَلَدِ الغَيْرِ حَقِيقَةً فَيَلْزَمُهُ كَمَالُ العُقْرِ (وَأَيُّهُمَا دَفَعَ العُقْرَ إِلَى المُكَاتَبَةِ: جَازَ) لِأَنَّ الكِتَابَةَ مَا دَامَتْ بَاقِيَةً فَحَقُّ القَبْضِ لَهَا لِاخْتِصَاصِهَا بِمَنَافِعِهَا وَأَبْدَالِهَا، وَإِذَا عَجَزَتْ تَرُدُّ العُقْرَ إِلَى المَوْلَى لِظُهُورِ اخْتِصَاصِهِ (وَهَذَا) الَّذِي ذَكَرْنَا (كُلُّهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ وَلَا يَجُوزُ وَطْءُ الآخَرِ)(*) لِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى الأَوَّلُ

كاتب أم ولده جاز بالاتفاق، وبدل الكتابة يجب بمقابلة مالية الرقبة، وهذا لأنها وإن لم تكن متقومة في نفسها يجوز تقومها بالشرط نظرا إلى وصولها إلى الحرية ناجزا كملك القصاص [٢/٣٣٩/ب] والنكاح، فإنهما وإن لم يكونا متقومين في أنفسهما قد يتقومان بالشرط نظرا لمن عليه القصاص وللمرأة حتى جاز الصلح عن دم العمد والطلاق على مال، فلما تقوَّمت أم الولد في الجملة تقوَّم ولدها.

فإن قيل: جواز كتابتها لا يدل على تقويمها؛ لاحتمال أن تنعقد الكتابة في حقها بمعنى التعليق لا المعاوضة، ولئن سلمنا أنه ينعقد بمعنى المعاوضة لا نسلم أن البدل يجب بمقابلة المالية بل بمقابلة فك الحجر فلا يثبت التقويم.

قلنا: لا تنعقد تعليقا بدليل ردها إلى الرق عند العجز وتبطل الكتابة، ولا يمكن إبطال التعليق بوجه، ولا يقال إبطاله عند العجز لفوات وصف الشرط، وهو أن يؤدي كل شهر كذا، وعند العجز فات هذا الوصف؛ لأنا نقول: لو كان كذلك لم يكن إبقاء عقد الكتابة إذا لم يطلب المولى رده إلى الرق، ولما صح إبطاله بطلب المولى عند العجز، وبقاؤه عند عدم طلبه دل أنه انعقد كتابة لا تعليقا.

وأما قوله البدل في الكتابة مقابل بفك الحجر فمسلم، ولكن في الابتداء دون الانتهاء، فإن الكتابة في الانتهاء إعتاق على مال على ما عرف في الأسرار، فعلم أن البدل في مقابلة المالية، ولئن سلمنا أنها غير متقومة على الإطلاق لكن حكمنا بتقويم ولدها هاهنا على مذهب الخصم للضرورة؛ لأن

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

الوَلَدَ صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، لِأَنَّ أُمُومِيَّةَ الوَلَدِ يَجِبُ تَكْمِيلُهَا بِالإِجْمَاعِ مَا أَمْكَنَ، وَقَدْ أَمْكَنَ بِفَسْخِ الكِتَابَةِ، لِأَنَّهَا قَابِلَةٌ لِلْفَسْخِ فَتُفْسَخُ فِيمَا لَا تَتَضَرَّرُ بِهِ المُكَاتَبَةُ وَتَبْقَى الكِتَابَةُ فِيمَا وَرَاءَهُ، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ، لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الفَسْخَ، وَبِخِلَافِ بَيْعِ المُكَاتَبِ، لِأَنَّ فِي تَجْوِيزِهِ إِبْطَالَ الكِتَابَةِ إذ المُشْتَرِي لَا يَرْضَى بِبَقَائِهِ مُكَاتَبًا.

وَإِذَا صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ لَهُ: فَالثَّانِي وَطِئَ أُمَّ وَلَدِ الغَيْرِ (فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ الوَلَدِ

حال الولد لا يخلو عن ثلاثة أوجه: إما أن يرد إلى مولى الأم وهو الواطئ الأول، أو يجعل حرًّا بغير شيء، أو يجعل حرًّا بالقيمة.

لا وجه إلى الأول لأن فيه إهدار جانب المغرور والولد بالكلية، ولم يرد الشرع به.

ولا وجه إلى الثاني لأن فيه إهدار جانب المالك، وهو مولى الأم، لأن ملكه يزول عنه بلا بدل من غير رضاه، وهو خلاف المشروع، فتعين جعله حرًّا بالقيمة ويثبت تقومه ضرورة، وفيه نوع تأمل.

قوله: (فتُفسخُ فيما لا تتضرر به المكاتبة)[1] وهو أمومية الولد لأنه لا ضرر لها في ذلك، بل لها نفع فيها حيث لم يبق محلًّا للابتذال بالبيع والهبة ويعتق مجانًا بعد موت المولى.

قوله: (وتبقى الكتابة فيما وراءه) أي: في حق ما لا يتضرر بالانفساخ، وهو كونها أحق في أكسابها وأكساب ولدها، وسقوط الحد عن الثاني في وطئه بخلاف التدبير، يعني إذا استولد مدبرة مشتركة فإنه لا يكمله ويقتصر على نصيب المستولد؛ لأنه لا يمكن تكميلها إذ التدبير لا يقبل الفسخ، فيكون مانعًا للنقل من ملك إلى ملك.

قوله: (وبخلاف بيع المكاتب) جواب سؤال يرد على المدبرة بأن قيل: هلا قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد.

فقال: **(في تجويزه)** أي: البيع **(إبطال الكتابة إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبًا)** ويتضرر هو ببطلانه والكتابة لا تنفسخ فيما يتضرر به المكاتب.

---

(١) هكذا في الشرح، وقد سبق في المتن: (فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة).

مِنهُ، وَلَا يَكُونُ حُرًّا عَلَيْهِ بِالقِيمَةِ) غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الحَدُّ عَلَيْهِ لِلشُّبْهَةِ (وَيَلْزَمُهُ جَمِيعُ العُقْرِ) لِأَنَّ الوَطْءَ لَا يَعْرَى عَنْ إِحْدَى الغَرَامَتَيْنِ، وَإِذَا بَقِيَتْ الكِتَابَةُ وَصَارَتْ كُلُّهَا مُكَاتَبَةً لَهُ، قِيلَ يَجِبُ عَلَيْهَا نِصْفُ بَدَلِ الكِتَابَةِ، لِأَنَّ الكِتَابَةَ انْفَسَخَتْ فِيمَا لَا تَتَضَرَّرُ بِهِ المُكَاتَبَةُ، وَلَا تَتَضَرَّرُ بِسُقُوطِ نِصْفِ البَدَلِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ كُلُّ البَدَلِ، لِأَنَّ الكِتَابَةَ لَمْ تَنْفَسِخْ، إِلَّا فِي حَقِّ التَّمَلُّكِ ضَرُورَةً فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ سُقُوطِ نِصْفِ البَدَلِ وَفِي إِبْقَائِهِ فِي حَقِّهِ نَظَرٌ لِلْمَوْلَى، وَإِنْ كَانَ لَا تَتَضَرَّرُ المُكَاتَبَةُ بِسُقُوطِهِ، وَالمُكَاتَبَةُ هِيَ الَّتِي تُعْطِي العُقْرَ لِاخْتِصَاصِهَا بِأَبْدَالِ مَنَافِعِهَا.

وَلَوْ عَجَزَتْ وَرُدَّتْ فِي الرِّقِّ تُرَدُّ إِلَى المَوْلَى لِظُهُورِ اخْتِصَاصِهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَيَضْمَنُ الأَوَّلُ لِشَرِيكِهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ نِصْفَ قِيمَتِهَا مُكَاتَبَةً)

قوله: (للشبهة) وهي شبهة كونها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره أبو حنيفة أو أنها تبقى مكاتبته فيما يتضرر به بالإجماع.

قوله: (وإذا بقيت الكتابة عندهما) أي: فيما يتضرر **(صارت كلها مكاتبة له)** أي: للمستولد الأول، قيل: يجب عليها نصف البدل.

قال الإمام قاضي خان: اختلف المشايخ بعد ذلك في بدل الكتابة.

قال الماتريدي: يجب نصف بدل الكتابة عليها؛ لأن الكتابة لما انفسخت في نصيب الثاني سقط نصف البدل؛ فيبقى مكاتبه بالنصف.

وقال عامة المشايخ: يبقى مكاتبه بجميع البدل؛ لأن انفساخ الكتابة أمر ضروري فلا يظهر فيما وراء الضرورة وهي تكامل الاستيلاد أي فيما عدا التمليك فيبقى العقد الأول كما كان.

(وفي إبقائه) أي: إبقاء عقد الكتابة **(في حقه)** أي في: حق نصف البدل نظر للمولى وهو المستولد الأول.

قوله: (لظهور اختصاصه) أي: اختصاص المستولد الأول على ما بينا في تعليل قول أبي حنيفة.

قوله: (في قياس قول أبي يوسف) أي: في قياس قوله في إعتاق المكاتب

لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَ شَرِيكِهِ، وَهِيَ مُكَاتَبَةٌ فَيَضْمَنُهُ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا، لِأَنَّهُ ضَمَانُ التَّمَلُّكِ (وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ: يَضْمَنُ الأَقَلَّ مِن نِصْفِ قِيمَتِهَا وَمِن نِصْفِ مَا بَقِيَ مِن بَدَلِ الكِتَابَةِ) لِأَنَّ حَقَّ شَرِيكِهِ فِي نِصْفِ الرَّقَبَةِ عَلَى اعْتِبَارِ العَجْزِ، وَفِي نِصْفِ البَدَلِ عَلَى اعْتِبَارِ الأَدَاءِ فَلِتَرَدُّدٍ بَيْنَهُمَا يَجِبُ أَقَلُّهُمَا.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الثَّانِي لَمْ يَطَأْهَا، وَلَكِنْ دَبَّرَهَا، ثُمَّ عَجَزَتْ: بَطَلَ التَّدْبِيرُ) لِأَنَّهُ لَمْ يُصَادِفْ المِلْكَ. أَمَّا عِنْدَهُمَا: فَظَاهِرٌ، لِأَنَّ المُسْتَوْلِدَ تَمَلَّكَهَا قَبْلَ العَجْزِ. وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: فَلِأَنَّهُ بِالعَجْزِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَهُ مِن وَقْتِ الوَطْءِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ مُصَادِفُ مِلْكِ غَيْرِهِ، وَالتَّدْبِيرُ يَعْتَمِدُ المِلْكَ، بِخِلَافِ النَّسَبِ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُ الغُرُورَ عَلَى مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَوَّلِ) لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَ شَرِيكِهِ، وَكَمَّلَ الِاسْتِيلَادَ عَلَى مَا بَيَّنَّا (وَيَضْمَنُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ عُقْرِهَا) لِوَطْئِهِ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً (وَنِصْفَ قِيمَتِهَا) لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نِصْفَهَا بِالِاسْتِيلَادِ، وَهُوَ تَمَلُّكٌ بِالقِيمَةِ (وَالوَلَدُ وَلَدُ الأَوَّلِ) لِأَنَّهُ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ المُصَحِّحِ، وَهَذَا قَوْلُهُمْ جَمِيعًا. وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَا كَاتَبَاهَا ثُمَّ أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ، ثُمَّ عَجَزَتْ: يَضْمَنُ

بين اثنين فإن عنده يضمن المعتق قيمة نصيب شريكه مكاتبًا فيجب أقلهما لأن الأقل متيقن.

قوله: (ولكن دبرها) أي: بعد ما استولدها الأول.

(بطل التدبير) أي: بالاتفاق أما عندهما [٢/ ٣٤٠/ أ] أن المستولد يملكها قبل العجز فانفسخت الكتابة قبل التدبير فلا يصح تدبيره.

(فتبين أنه) أي: التدبير **(مصادف ملك غيره)** أي: غير المدبر **(لأنه)** أي: النسب يثبت بمجرد الغرور، كما لو اشترى أمة فاستولدها فاستحقت لم يبطل النسب، وكان الولد حُرًّا بالقيمة فكذا هاهنا.

ولو دبرها فاستحقت يبطل التدبير **(وكمل الاستيلاد على ما بينا)** أي: في تعليل قول أبي حنيفة ووجهه ما بينا في تعليل القولين.

المُعْتِقُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَتِهَا، وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا) لِأَنَّهَا لَمَّا عَجَزَتْ وَرُدَّتْ فِي الرِّقِّ تَصِيرُ كَأَنَّهَا لَمْ تَزَلْ قِنَّةً، وَالجَوَابُ فِيهِ عَلَى الخِلَافِ فِي الرُّجُوعِ، وَفِي الخِيَارَاتِ وَغَيْرِهَا كَمَا هُوَ مَسْأَلَةُ تَجَزُّؤِ الإِعْتَاقِ وَقَدْ قَرَرْنَاهُ فِي الإِعْتَاقِ، فَأَمَّا قَبْلَ العَجْزِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّ الإِعْتَاقَ لَمَّا كَانَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ كَانَ أَثَرُهُ أَنْ يُجْعَلَ نَصِيبُ غَيْرِ المُعْتِقِ كَالمُكَاتَبِ فَلَا يَتَغَيَّرُ بِهِ نَصِيبُ صَاحِبِهِ، لِأَنَّهَا مُكَاتَبَةٌ قَبْلَ ذَلِكَ، وَعِنْدَهُمَا: لَمَّا كَانَ لَا يَتَجَزَّأُ بِعِتْقِ الكُلِّ، فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ مُكَاتَبًا إِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَيُسْتَسْعَى العَبْدُ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا، لِأَنَّهُ ضَمَانُ إِعْتَاقٍ فَيَخْتَلِفُ بِاليَسَارِ وَالإِعْسَارِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا، ثُمَّ أَعْتَقَهُ الآخَرُ وَهُوَ مُوسِرٌ، فَإِنْ شَاءَ الَّذِي دَبَّرَهُ ضَمَّنَ المُعْتِقَ نِصْفَ قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ دَبَّرَهُ الآخَرُ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ وَيُسْتَسْعَى العبدُ أَوْ يُعْتَقُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَوَجْهُهُ: أَنَّ التَّدْبِيرَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ، فَتَدْبِيرُ أَحَدِهِمَا يَقْتَصِرُ عَلَى نَصِيبِهِ، لَكِنْ يَفْسُدُ بِهِ نَصِيبُ الآخَرِ فَيَثْبُتُ لَهُ خِيرَةُ الإِعْتَاقِ وَالتَّضْمِينِ وَالِاسْتِسْعَاءِ كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ، فَإِذَا أَعْتَقَ لَمْ يَبْقَ لَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ وَالِاسْتِسْعَاءِ، وَإِعْتَاقُهُ يَقْتَصِرُ عَلَى نَصِيبِهِ، لِأَنَّهُ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ، وَلَكِنْ يَفْسُدُ بِهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ، فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ، وَلَهُ خِيَارُ العِتْقِ وَالِاسْتِسْعَاءِ أَيْضًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ، وَيُضَمِّنُهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ مُدَبَّرًا، لِأَنَّ الإِعْتَاقَ صَادَفَ المُدَبَّرَ.

قوله: (والجواب فيه) أي: في إعتاق أحد الشريكين القن على الخلاف في الرجوع.

فإن عند أبي حنيفة إذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد، وعندهما لا يرجع.

وفي الخيارات فإن عنده الساكت بين الخيارات الثلاثة: العتق والسعاية والتضمين، وعندهما ليس إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار.

(وغيرها) أي غير الخيارات وهو الولاء وقد مر تقريره في الإعتاق.

ثُمَّ قِيلَ: قِيمَةُ المُدَبَّرِ تُعْرَفُ بِتَقْوِيمِ المُقَوِّمِينَ، وَقِيلَ: يَجِبُ ثُلُثَا قِيمَتِهِ زَهْوَ قِنٌّ، لِأَنَّ المَنَافِعَ أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ: البَيْعُ وَأَشْبَاهُهُ، وَالِاسْتِخْدَامُ وَأَمْثَالُهُ، وَالإِعْتَاقُ وَتَوَابِعُهُ، وَالفَائِتُ البَيْعُ فَيَسْقُطُ الثُّلُثُ. وَإِذَا ضَمَّنَهُ لَا يَتَمَلَّكُهُ بِالضَّمَانِ، لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الِانْتِقَالَ مِن مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ، كَمَا إِذَا غَصَبَ مُدَبَّرًا فَأَبَقَ. وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا أَوَّلًا كَانَ لِلْآخَرِ الخِيَارَاتُ الثَّلَاثُ عِنْدَهُ، فَإِذَا دَبَّرَهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ وَبَقِيَ خِيَارُ الإِعْتَاقِ وَالِاسْتِسْعَاءِ، لِأَنَّ المُدَبَّرَ يُعْتَقُ وَيُسْتَسْعَى (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا فَعِتْقُ الآخَرِ بَاطِلٌ)(*) لِأَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُمَا فَيَتَمَلَّكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالتَّدْبِيرِ (وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا) لِأَنَّهُ ضَمَانُ تَمَلُّكٍ، فَلَا يَخْتَلِفُ بِاليَسَارِ وَالإِعْسَارِ، وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ قِنًّا، لِأَنَّهُ صَادَفَهُ التَّدْبِيرُ وَهُوَ قِنٌّ (وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا فَتَدْبِيرُ الآخَرِ بَاطِلٌ) لِأَنَّ الإِعْتَاقَ لَا يَتَجَزَّأُ فَعَتَقَ كُلُّهُ فَلَمْ يُصَادِفْ التَّدْبِيرُ

قوله: (البيع وأشباهه) كالهبة والصدقة والإرث والوصية **(والاستخدام وأمثاله)** كالإجارة والإعارة والوطء **(والإعتاق وتوابعه)** وهي الكتابة والاستيلاد والتدبير والإعتاق على مال لا يملك بالضمان.

(لأنه) أي: المدبر **(لا يقبل...)** إلى آخره فكان هذا الضمان ضمان الحيلولة لا ضمان التملك كما في غصب المدبر.

وذكر قاضي خان: قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة؛ لأن منافع المملوك ثلاث: الاستخدام، والاسترباح بالبيع، وقضاء الديون من ماليته بعد الموت، وبالتدبير تفوت منفعة واحدة وهي الاسترباح، فينقص ثلث قيمته، وبالاستيلاد تفوت منفعتان منفعة الاسترباح ومنفعة قضاء الديون بعد الموت وتبقى منفعة واحدة، وهي الاستخدام فينقص ثلثا قيمتها، وقد مر المختار في الإعتاق وبيان الخلافات أيضًا.

قوله: (لم يبق خيار التضمين) لأنه بمباشرته التدبير يصير مبرئا للمعتق عن الضمان؛ لأن تضمينه متعلق بشرط تملك العين بالضمان، وقد فوت ذلك

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

المِلْكَ وَهُوَ يَعْتَمِدُهُ (وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ إنْ كَانَ مُوسِرًا، وَيَسْعَى العَبْدُ فِي ذَلِكَ إنْ كَانَ مُعْسِرًا)، لِأَنَّ هَذَا ضَمَانُ الإِعْتَاقِ فَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِاليَسَارِ وَالإِعْسَارِ عِنْدَهُمَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ مَوْتِ المُكَاتَبِ وَعَجْزِهِ وَمَوْتِ المَوْلَىٰ

قَالَ: (وَإِذَا عَجَزَ المُكَاتَبُ عَنْ نَجْمٍ: نَظَرَ الحَاكِمُ فِي حَالِهِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ يَقْبِضُهُ، أَوْ مَالٌ يَقْدُمُ عَلَيْهِ: لَمْ يُعجِّلْ بِتَعْجِيزِهِ، وَانْتَظَرَ عَلَيْهِ اليَوْمَيْنِ أَوْ الثَّلَاثَةَ) نَظَرًا

بالتدبير، بخلاف الأول فإن هناك نصيبه كان مدبرًا حين أعتق فلا يكون شرط التضمين تمليك العين منه كذا ذكره المحبوبي.

وهو نظير ما إذا غصب قنًا فدبره المالك لم يبق الغاصب ضامنا؛ لأن ضمانه في الابتداء انعقد بشرط التملك، فلم يبق ذلك الشرط فلا يبقى المشروط بخلاف ما لو غصب مدبرًا ابتداء حيث يضمن؛ لأن ضمانه انعقد لا بشرط التملك فيبقى كذلك.

بَابٌ: مَوْتُ المُكَاتَبِ وَعَجْزُهُ وَمَوْتُ المَوْلَى

تأخير الباب ظاهر التناسب إذ الموت والعجز بعد العقد.

قوله: (عن نجم) النجم هو الطالع، ثم سمي به الوقت المضروب، ومنه قول الشافعي: أقل التأجيل نجمان أي: شهران، ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة، ومنه حديث عمر أنه حط عن مكاتب أول نجم حل عليه أي: أول وظيفة من وظائفه بدل الكتابة، ومنه قولهم: نجم الدية أي: أدّاها نجومًا، كذا في الصحاح والمُغرِب.

قوله: (وانتظر عليه اليومين والثلاثة).

وقال أصحاب الشافعي وأحمد: فإن [كان][1] ماله أو دينه غائبا على مسافة القصر لم يلزم التأخير؛ لطول المدة، وإن كان ما دون السفر لزمه التأخير إلى أن يحضره، ودينه على إنسان إن كان حالا ومنّ عليه مليءٌ وجب التأخير إلى استيفائه كما لو كانت له وديعة عند غيره، وإن كان مؤجلا أو على معسر فلا

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِلْجَانِبَيْنِ، وَالثَّلَاثُ هِيَ الْمُدَّةُ الَّتِي ضُرِبَتْ لِإِبْلَاءِ الأَعْذَارِ، كَإِمْهَالِ الخَصْمِ لِلدَّفْعِ وَالمَدْيُونِ لِلْقَضَاءِ فَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَجْهٌ، وَطَلَبَ المَوْلَى تَعْجِيزَهُ: عَجَّزَهُ وَفَسَخَ الكِتَابَةَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يُعَجِّزُهُ حَتَّى يَتَوَالَى عَلَيْهِ نَجْمَانِ)(*) لِقَوْلِ عَلِيٍّ ﷺ: «إِذَا تَوَالَى عَلَى المُكَاتَبِ نَجْمَانِ رُدَّ فِي الرِّقِّ» عَلَّقَهُ بِهَذَا الشَّرْطِ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ إِرْفَاقٍ حَتَّى كَانَ أَحْسَنُهُ مُؤَجَّلَهُ، وَحَالَةُ الوُجُوبِ بَعْدَ حُلُولِ نَجْمٍ، ....

يجب التأخير، ولو حل نجم وهو نقد وله عروض يلزمه التأخير إلى بيعه.

وفي التهذيب: مدة التأخير للبيع ثلاثة أيام ولا يلزم أكثر من ذلك، كذا في شرح الوجيز.

وعند مالك إذا عجز عن نجم تفسخ الكتابة بعد أن تتلوم الأيام ويجتهد الإمام في أمل التلوم فيمن يرجى له، ذكره في الجواهر.

قوله: (كإمهال الخصم للدفع) فإن المدعى عليه إذا توجه عليه الحكم فادعى الدفع وقال: لي بينة حاضرة يؤخر يوما أو يومين أو ثلاثة ولا يزاد عليه، وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير فكذا هاهنا، كذا ذكره المحبوبي.

والأصل فيه [٢/ ٣٤٠/ب] قصة موسى مع معلمه حيث قال في الثالثة ﴿هَٰذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنِكَ﴾ [الكهف:٧٨] وكذا قدر صاحب الشرع مدة الخيار بالثلاثة.

قوله: (علقه) أي: على هذا الشرط، والمعلق بالشرط معدوم قبله، وهذا لا يعرف قياسا فكان المروي عنه عن النبي ﷺ، وبقول أبي يوسف قال أحمد، وابن أبي ليلى، وابن عيينة، والحسن بن حي.

(كان أحسنه مؤجله) فالتأجيل والتنجيم لازم عند الشافعي وأحمد، وعندنا ومالك سنة، فكان التيسير فيه مقصودا.

قوله: (وحالة الوجوب بعد حلول نجم...) إلى آخره يعني الفسخ للعجز،

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

فَلَا بُدَّ مِن إِمْهَالِ مُدَّةٍ اسْتِيسَارًا، وَأَوْلَى الْمُدَدِ مَا تَوَافَقَ عَلَيْهِ الْعَاقِدَانِ.

وَلَهُمَا: أَنَّ سَبَبَ الفَسْخِ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ العَجْزُ، لِأَنَّ مَنْ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ نَجْمٍ وَاحِدٍ، يَكُونُ أَعْجَزَ عَنْ أَدَاءِ نَجْمَيْنِ، وَهَذَا لِأَنَّ مَقْصُودَ المَوْلَى الوُصُولُ إِلَى المَالِ عِنْدَ حُلُولِ نَجْمٍ، وَقَدْ فَاتَ، فَيُفْسَخُ إِذَا لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِدُونِهِ، بِخِلَافِ اليَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ، لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنهَا لِإِمْكَانِ الأَدَاءِ فَلَمْ يَكُنْ تَأْخِيرًا، وَالآثَارُ مُتَعَارِضَةٌ، فَإِنَّ المَرْوِيَّ عَنْ ابْنِ عُمَرَ ﷺ «أَنَّ مُكَاتَبَةً لَهُ عَجَزَتْ عَنْ أَدَاءِ نَجْمٍ وَاحِدٍ فَرَدَّهَا» فَسَقَطَ الِاحْتِجَاجُ بِهَا.

ولا يتحقق العجز إلا بتوالي نجمين فلا يثبت حق الفسخ قبل دليله، وهذا لأنه لما مضى نجم صار حالا، والعجز عن البدل الحال لا يوجب الفسخ، ولا يتحقق إلا بعد الإمهال وإيلاء العذر.

(وأَوْلَى المُدَد) أي: أحقُّ الآجال (**ما أجمع عليه العاقدان**) وهو النجم الثاني، فإذا مضى الثاني تحقق العجز فوجب الفسخ.

ولنا ما روي عن ابن عمر أن مكاتبا له عجز عن نجم فرده في الرق وما ذكر من المعقول في المتن.

قوله: (**إذا لم يكن راضيا به**) أي: فيفسخ المولى الكتابة إذا لم يكن راضيا لبقاء الكتابة بعد ذلك النجم الذي شرطه، أو فيفسخ القاضي إذا لم يكن المولى راضيا به بدون ذلك النجم على ما ذكرنا من اختلاف الروايتين من الذخيرة إذا أراد المولى الفسخ عند العجز، وإن لم يرض المكاتب بالفسخ يفسخ المولى العقد بنفسه.

في رواية لا يصح فسخه ويحتاج إلى قضاء القاضي، وفي رواية يصح.

وقوله: (**والآثار متعارضة**) جواب عما تمسك به أبو يوسف بقول علي، فإن الأثر المروي عن ابن عمر يعارضه ما ذكره في الكتاب.

(**فسقط الاحتجاج بها**) أي: بالآثار للتعارض، فإن الأثرين إذا تعارضا وجهل التاريخ تساقطا فيصار إلى ما بعدهما من الحجة، فبقي ما قالا من الدليل بقوله: (**أنّ سبب الفسخ...**) إلى آخره، أو بقول حديث علي بيان أن أحق الفسخ

قَالَ: (فَإِنْ أَخَلَّ بِنَجْمٍ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ، فَعَجَزَ فَرَدَّهُ مَوْلَاهُ بِرِضَاهُ: فَهُوَ جَائِزٌ) لِأَنَّ الكِتَابَةَ تُفْسَخُ بِالتَّرَاضِي مِن غَيْرِ عُذْرٍ فَبِالعُذْرِ أَوْلَى (وَلَوْ لَمْ يَرْضَ بِهِ العَبْدُ لَا بُدَّ مِن القَضَاءِ بِالفَسْخِ) لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ تَامٌّ فَلَا بُدَّ مِن القَضَاءِ أَوْ الرِّضَا كَالرَّدِّ بِالعَيْبِ

بكسر النجمين وليس فيه نفي جواز الفسخ عند كسر نجم واحد، بل هو مسكوت على ما عرف من مذهبنا، فنقول به إذا قام الدليل، وقد قام الدليل وهو حديث ابن عمر؛ لأنه يحمل على السماع؛ لأنه لا يدرك بالقياس، إليه أشار الإمام المحبوبي.

قوله: **(أخل بنجم)** يقال: أخلَّ الفارس بمركزه إذا ترك موضعه الذي عينه الأمير، ثم استعمل هاهنا في ترك أداء وظيفة بدل الكتابة **(عند غير السلطان)** أي: عند غير القاضي.

قوله: **(ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ)**.

وفي المبسوط: حديث علي وابن عمر يدلان على أن للمولى فسخ الكتابة عند العجز من غير القضاء فيكون حجة على ابن أبي ليلى، فإنه يقول: لا يرد في الرق إلا بالقضاء؛ لأن العجز عنده لا يتحقق بدون القضاء؛ لأن مال الله غادٍ ورائح وصار نظير عجز العنين.

وقلنا: العقد تم بتراضيهما، والمولى ما رضي بلزوم العقد إلا بشرط، فإذا فات الشرط تمكن من فسخه؛ لانعدام رضائه، وقد ذكرنا اختلاف الروايتين من الذخيرة.

وجه الرواية التي لا تشترط القضاء أن هذا عيب تمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد؛ لأن تمام الكتابة بالأداء فيشبه بهذا الوجه بما لو وجد المشتري عيبا قبل القبض، وهناك ينفرد المشتري بالفسخ فكذا هاهنا، وبه قال الشافعي في قول، وأحمد.

وجه الرواية الأخرى أن هذا عيب تمكن في أحد العوضين بعد القبض؛ لأن المكاتب بالعقد صار في يده، فأشبه من هذا الوجه ما لو وجد المشتري عيبا بعد القبض فلا ينفرد بالفسخ ويحتاج إلى القضاء فكذا هذا وبه قال الشافعي في قول، ومالك.

بَعْدَ القَبْضِ. قَالَ: (وَإِذَا عَجزَ المُكَاتَبُ: عَادَ إِلَى أَحْكَام الرِّقِّ) لِانْفِسَاخِ الكِتَابَةِ (وَمَا كَانَ فِي يَدِهِ مِن الأَكْسَابِ فَهُوَ لِمَوْلَاهُ) لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ كَسْبُ عَبْدِهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ كَانَ مَوْقُوفًا عَلَيْهِ، أَوْ عَلَى مَوْلَاهُ، وَقَدْ زَالَ التَّوَقُّفُ.

قَالَ: (فَإِنْ مَاتَ المَكَاتِبُ وَلَهُ مَالٌ: لَمْ تَنْفَسِخِ الكِتَابَةُ وَقُضِيَ مَا عَلَيْهِ مِن مَالِهِ، وَحُكِمَ بِعِتْقِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِن أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ، وَمَا بَقِيَ، فَهُوَ مِيرَاثٌ لِوَرَثَتِهِ وَيَعْتِقُ أَوْلَادُهُ) وَهَذَا قَوْلُ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنهما، وَبِهِ أَخَذَ عُلَمَاؤُنَا - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله: تَبْطُلُ الكِتَابَةُ، وَيَمُوتُ عَبْدًا وَمَا تَرَكَهُ لِمَوْلَاهُ، وَإِمَامُهُ فِي

قوله: (موقوفا عليه أو على مولاه) لأنه إن أدَّى البدل فكسبه له، وإن لم يُؤدِّهِ فكسبه لمولاه.

قوله: (ويعتق أولاده) أي: المولودون أو المشترون في حال الكتابة.

قوله: (وبه أخذ علماؤنا) ومالك أيضًا.

إن كان له ولد مملوك دخل في كتابته معه، ويجبر الولد على الاكتساب والأداء، وإن لم يترك وفاء عنده وإن كان له ولد حر انفسخت الكتابة.

قال ابن حزم: هذا قول لم يقل به أحد من خلق الله قبله، ولم يأت به نص قط ولا رواية فاسدة ولا قياس، ولا يعقل.

وقيل في جوابه: لما كان المكاتب ليس له حكم العبيد ولا حكم [٢/ ٣٤١/أ] الأحرار وجب أن يكون لميراثه حكم آخر غير حكم العبيد وغير حكم الأحرار، نظرا إلى الجهتين أو عملا بالأثرين.

قوله: (وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدًا)، وبه قال أحمد والنخعي والشعبي وقتادة وأبو سليمان وأصحابه وعمر بن عبد العزيز.

(وإمامه) أي: إمام الشافعي في ذلك زيد وابن عمر أيضًا، وروي أن عمر بن الخطاب قضى بذلك، وله ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «**المكاتَبُ عبدٌ ما بَقيَ عليهِ دِرهَمٌ**»[1].

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٠، رقم ٣٩٢٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٣٢٤ رقم ٢١٤٢٧).

ذَلِكَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ﵁، وَلِأَنَّ المَقْصُودَ مِن الكِتَابَةِ عِتْقُهُ، وَقَدْ تَعَذَّرَ إِثْبَاتُهُ فَتَبْطُلُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَثْبُتَ بَعْدَ المَمَاتِ مَقْصُودًا أَوْ يَثْبُتَ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ مُسْتَنِدًا، لَا وَجْهَ إِلَى الأَوَّلِ، لِعَدَمِ المَحَلِّيَّةِ، وَلَا إِلَى الثَّانِي، لِفَقْدِ الشَّرْطِ وَهُوَ الأَدَاءُ، وَلَا إِلَى الثَّالِثِ، لِتَعَذُّرِ الثُّبُوتِ فِي الحَالِ وَالشَّيْءُ يَثْبُتُ ثُمَّ يَسْتَنِدُ.

وَلَنَا: أَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، وَلَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ وَهُوَ المَوْلَى فَكَذَا بِمَوْتِ الآخَرِ، وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا الحَاجَةُ إِلَى إِبْقَاءِ العَقْدِ لِإِحْيَاءِ الحَقِّ، بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ حَقَّهُ آكَدُ مِن حَقِّ المَوْلَى حَتَّى لَزِمَ العَقْدُ فِي جَانِبِهِ، ....

قوله: (لعدم المحلية) إذ الميت ليس بمحل لإنشاء العتق ولا لتعليقه.

قوله: (لفقد الشرط) وهو الأداء؛ لأن المعلق بالشرط لا يسبق الشرط، وهذا بخلاف موت المولى، فإن العقد يبقى ويعتق بالأداء إلى ورثته؛ لأن المولى ليس بمعقود عليه بل هو عاقد، والعقد يبطل بهلاك المعقود عليه لا بموت العاقد، والميت يجوز أن يكون مُعتِقا، ولا يجوز أن يكون مُعتَقا. ألا ترى أنه لو قال لعبده: أنت حر بعد موتي، يصح؟

ولو قال: أنت حر بعد موتك، يلغو؟ وكذا لو أوصى أن يعتق عنه عبده بعد موته يصح ويكون المولى هو المعتق حتى يكون الولاء له.

قوله: (ولنا أنه) أي: عقد الكتابة (**عقد معاوضة**)، ويحترز به عن النكاح والوكالة وغيرهما ولا يبطل بموت المتعاقدين، وقيد به احترازًا عن الإجارة فإنها عقد معاوضة، ويبطل بموت أحد المتعاقدين، والكتابة لا تبطل بموت المولى، فكذا بموت الآخر وهو العبد كالمبيع، وهذا لأن قضية المعاوضة المساواة بين العاقدين، فإذا جاز إبقاء العقد بعد موت المولى لحاجته إليه ليصل إلى مقصوده وهو الولاء، فكذا يجوز إبقاء العقد بعد موت المكاتب لحاجته ليصل إلى مقصوده وهو شرف الحرية، بل أولى؛ لأن الذي استحق المولى قبله ليس بلازم حتى لو عجز نفسه يبطل حقه، والذي استحقه المكاتب لازم حتى لو أراده المولى أن يبطله، ليس له ذلك، فإذا لم يبطل حق المولى بموته فحق المكاتب وأنه ألزم أولى أن يبطل.

وَالمَوْتُ أَنَفَى لِلْمَالِكِيَّةِ مِنهُ لِلْمَمْلُوكِيَّةِ فَيَنْزِلُ حَيًّا تَقْدِيرًا، أَوْ تَسْتَنِدُ الحُرِّيَّةُ بِاسْتِنَادِ سَبَبِ الأَدَاءِ إِلَى مَا قَبْلَ المَوْتِ وَيَكُونُ أَدَاءُ خَلَفِهِ كَأَدَائِهِ، وَكُلُّ ذَلِكَ مُمْكِنٌ عَلَى مَا عُرِفَ تَمَامُهُ فِي الخِلَافِيَّاتِ.

(**ولأن الموت أنفى للمالكية منه**) أي من الموت (**للمملوكية**) لأن المملوكية عبارة عن المقدورية والمقهورية.

والمالكية: عبارة عن القادرية والقاهرية، ولهذا يوصف الجماد بكونه مملوكا، ولا يوصف بكونه مالكا.

والموت أنفى للقادرية والقاهرية، فإذا كان أنفى ولم ينف القادرية والقاهرية فأولى، وجاز إبقاء العقد مع أقوى المنافيين لأدنى الحاجتين، فلأن يبقى العقد مع أدنى المنافيين لأعلى[1] الحاجتين أولى وأحرى. وأما ما ذكر من الترديد فنقول: إنه يعتق بعد الموت عند البعض حتى يصرف ماله إلى قضاء حوائجه أولًا من تجهيزه وتكفينه وقضاء دينه وتنفذ وصيته.

والجمهور على أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته، إما لأن سبب الأداء -وهو عقد الكتابة- موجود قبل الموت، فيستند الأداء إليه ويجعل أداء خلفه كأدائه بنفسه.

فإن قيل: الأداء فعل حسي، والإسناد إنما يكون في التصرفات الشرعية.

قلنا: نعم، فعل النائب مضاف إلى المنوب، وهذه الإضافة شرعية، أن لا ترى أن من رمى صيدا فمات الرامي قبل أن يصيب ثم أصاب صار مالكا له، ويورث عنه؟ والميت ليس بأهل ولكن لما صح السبب، والملك يجب بعد تمام السبب، وتمامه بالإضافة إلى آخر جزء من أجزاء حياته فكذا هاهنا؛ لما كان السبب منعقدًا، وهو عقد الكتابة، والعتق موقوف على الأداء، والأداء جائز بعد الموت، والحكم - وهو وقوع العتق - مما يمكن إثباته من حين الموت كالملك، ثم حكمنا بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته إما بأن يقام[2] الترك الموجود في آخر حياته مقام التخلية بين المال والمولى وهو الأداء المستحق عليه أو يكون أداء خَلَفِهِ كأدائه، وهذا معنى قوله: (**على ما عرف تمامه في الخلافيات**).

---

(١) تكررت مررتين في الأصل.

(٢) في الأصل: (يقال)، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً، وَتَرَكَ وَلَدًا مَوْلُودًا فِي الكِتَابَةِ، سَعَى فِي كِتَابَةِ أَبِيهِ عَلَى نُجُومِهِ، فَإِذَا أَدَّى حَكَمْنَا بِعِتْقِ أَبِيهِ قَبْلَ مَوْتِهِ، وَعِتْقِ الوَلَدِ) لِأَنَّ الوَلَدَ دَاخِلٌ فِي كِتَابَتِهِ، وَكَسْبُهُ كَكَسْبِهِ فَيَخْلُفُهُ فِي الأَدَاءِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا تَرَكَ وَفَاءً (وَإِنْ تَرَكَ وَلَدًا مُشْتَرًى فِي الكِتَابَةِ قِيلَ لَهُ: إِمَّا أَنْ تُؤَدِّيَ بَدَلَ الكِتَابَةِ حَالَّةً، أَوْ تُرَدَّ رَقِيقًا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَأَمَّا عِنْدَهُمَا: يُؤَدِّيهِ إِلَى أَجَلِهِ اعْتِبَارًا بِالوَلَدِ المَوْلُودِ فِي الكِتَابَةِ(*)، وَالجَامِعُ: أَنَّهُ يُكَاتِبُ عَلَيْهِ تَبَعًا لَهُ، وَلِهَذَا يَمْلِكُ المَوْلَى إِعْتَاقَهُ بِخِلَافِ سَائِرِ أَكْسَابِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الفَرْقُ بَيْنَ الفَصْلَيْنِ: أَنَّ الأَجَلَ يَثْبُتُ شَرْطًا فِي العَقْدِ، فَيَثْبُتُ فِي حَقِّ مَنْ دَخَلَ تَحْتَ العَقْدِ وَالمُشْتَرَى لَمْ يَدْخُلْ لِأَنَّهُ، لَمْ يُضِفْ إِلَيْهِ العَقْدَ وَلَا يَسْرِي حُكْمُهُ إِلَيْهِ لِانْفِصَالِهِ، بِخِلَافِ المَوْلُودِ فِي الكِتَابَةِ، لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ وَقْتَ الكِتَابَةِ فَيَسْرِي الحُكْمُ إِلَيْهِ، وَحَيْثُ دَخَلَ فِي حُكْمِهِ سَعَى فِي نُجُومِهِ (فَإِنْ اشْتَرَى ابْنَهُ، ثُمَّ مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً: وَرِثَهُ ابْنُهُ) لِأَنَّهُ لَمَّا حَكَمَ بِحُرِّيَّتِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِن أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ، يُحْكَمُ بِحُرِّيَّةِ ابْنِهِ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ، لِأَنَّهُ تَبَعٌ لِأَبِيهِ فِي الكِتَابَةِ فَيَكُونُ هَذَا حُرًّا يَرِثُ عَنْ حُرٍّ

فإن قيل: لو قذفه قاذف بعد أداء بدل الكتابة في حياته يحد قاذفه: ولو حكم بحريته في آخر حياته ينبغي أن يحد قاذفه، والحال أنه لا يحد.

قلنا: تثبت [٢/ ٣٤١/ب] الحرية في آخر حياته؛ لضرورة حاجته إليها، والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها، فلا يظهر في حق إحصانه، فلا يحد قاذفه مع أن الحدود تدرأ بالشبهات، والحرية هاهنا تثبت مع الشبهة، وما يثبت بالإسناد يثبت من وجه.

قوله: (أما عندهما) أي: عند أبي يوسف ومحمد (يؤديه إلى أجله) كالولد المولود في الكتابة وبه قال مالك، وهذا لأنه صار ابنه حتى ملك المولى إعتاقه كإعتاق أبيه بخلاف سائر أكساب المكاتب فإنه لا يملك إعتاقه.

قوله: (لأنه) أي: لأن المشتري لم يضف إليه العقد، ولم يسر حكم العقد إليه؛ لكونه منفصلا وقت العقد، وكان ينبغي أن يباع بعد موته؛ لفوات المتبوع ولكن إذا عجل صار كأنه مات عن وفاء، بخلاف المولود فإن العقد سرى إليه

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ هُوَ وَابْنُهُ مُكَاتَبَيْنِ كِتَابَةً وَاحِدَةً) لِأَنَّ الوَلَدَ إِنْ كَانَ صَغِيرًا فَهُوَ تَبَعٌ لِأَبِيهِ، وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا جُعِلَا كَشَخْصٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا حَكَمَ بِحُرِّيَّةِ الأَبِ يَحْكُمُ بِحُرِّيَّتِهِ فِي تِلْكَ الحَالَةِ عَلَى مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَإِنْ مَاتَ المُكَاتَبُ، وَلَهُ وَلَدٌ مِن حُرَّةٍ، وَتَرَكَ دَيْنًا وَفَاءً بِمُكَاتَبَتِهِ، فَجَنَى الوَلَدُ فَقُضِيَ بِهِ عَلَى عَاقِلَةِ الأُمِّ: لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ قَضَاءً بِعَجْزِ المُكَاتَبِ) لِأَنَّ هَذَا القَضَاءَ يُقَرِّرُ حُكْمَ الكِتَابَةِ، لِأَنَّ مِن قَضِيَّتِهَا ....

حكمه؛ لكونه متصلا به وقت الكتابة؛ لأنه ماؤه فيدخل في حكمه ويسعى في نجومه.

قوله: (كتابة واحدة) قيد به لأنه لو كانا مكاتبين بعقد على حدة لا يرثه ابنه كذا ذكره المحبوبي.

لأنه لما كان مقصودا بالكتابة فإنما يعتق من وقت أداء البدل مقصورا عليه؛ لأن الإسناد للضرورة، ولا ضرورة في حقه هاهنا، فكان عبدا عند موت أبيه فلا يرثه جعلا كشخص واحد؛ لاتحاد العقد فيهما فيعتقان معا ويُردَّان في الرق معًا.

قوله: (وإذا مات المكاتب وله ولد من حرة...) إلى آخره يريد به الفرق بين هذه المسألة والتي تليها وهي قوله: **(فإن اختصم موالي الأم...)**[1] إلى آخره.

والمكاتب إذا مات عن ولد ووفاء يرثه الحر أيضًا عندنا، خلافا لمالك وقد مر.

فإذا مات وترك دينا فيه **(وفاء بمكاتبته فجنى الولد...)** إلى آخره **(فقُضِيَ به)** أي: بأرش الجناية.

(لأن من قضيتها) أي: من قضية الكتابة أن يكون الولد ملحقا بموالي الأم؛ لقيام الكتابة لما أن له من المال ينتظر؛ لأن الدين مال باعتبار ماله، فلا يحكم بعتقه إلا عند أداء بدل الكتابة، وما لم يحكم بعتقه لم يظهر لولده ولاء في جانب أبيه، فيكون مولى لموالي الأم، وبعدما أدى البدل ظهر له ولاء في جانب الأب فيجر ولاؤه إلى موالي الأب، فلم يكن قضاء القاضي بموجب الجناية على عاقلة الأم فسخًا للكتابة.

---

(١) انظر المتن ص ٤٢٤.

إِلْحَاقُ الوَلَدِ بِمَوَالِي الأُمِّ وَإِيجَابِ العَقْلِ عَلَيْهِمْ، لَكِنْ عَلَى وَجْهٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يُعْتَقَ فَيَنْجَرَّ الوَلَاءُ إِلَى مَوَالِي الأَبِ، وَالقَضَاءُ بِمَا يُقَرِّرُ حُكْمَهُ لَا يَكُونُ تَعْجِيزًا (وَإِنْ اخْتَصَمَ مَوَالِي الأُمِّ وَمَوَالِي الأَبِ فِي وَلَائِهِ، فَقَضَى بِهِ لِمَوَالِي الأُمِّ: فَهُوَ قَضَاءٌ بِالعَجْزِ) لِأَنَّ هَذَا اخْتِلَافٌ فِي الوَلَاءِ مَقْصُودًا، وَذَلِكَ يَبْتَنِي عَلَى بَقَاءِ الكِتَابَةِ وَانْتِقَاضِهَا، فَإِنَّهَا إِذَا فُسِخَتْ مَاتَ عَبْدًا وَاسْتَقَرَّ الوَلَاءُ عَلَى مَوَالِي الأُمِّ، وَإِذَا بَقِيَتْ وَاتَّصَلَ بِهَا الأَدَاءُ مَاتَ حُرًّا، وَانْتَقَلَ الوَلَاءُ إِلَى مَوَالِي الأَبِ، وَهَذَا فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ فَيَنْفُذُ مَا يُلَاقِيهِ مِن القَضَاءِ فَلِهَذَا كَانَ تَعْجِيزًا.

أما في المسألة الثانية الاختلاف وقع في الولاء مقصودا؛ فيكون القضاء بالولاء لموالي الأم قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة ضرورة واقتضاء، وهذا القضاء صحيح بالإجماع؛ لأنه صادف محلًّا مجتهَدًا فيه.

فإن عند بعض الصحابة يموت عبدًا وإن ترك وفاء كما ذكرنا فينفذ القضاء بالإجماع فتنفسخ الكتابة اقتضاء كذا ذكره شمس الأئمة وقاضي خان والمحبوبي.

ثم في مسألة الأرش إذا ظهر للولد ولاء من قبل الأب عند أداء البدل فموالي الأم لا يرجعون بما عقلوا من جناية الولد في حياة المكاتب على مولى الأب؛ لأنه إنما حكم بعتقه في آخر جزء حياته فلا يستند عتقه إلى أول عقد الكتابة، فكان موالي الأم عند جناية مواليه حقيقة، فلم يرجعوا بما عقلوا إما يرجعون بما عقلوا عن جنايته بعد موت الأب قبل أداء البدل؛ لأن عتق الأب لما استند إلى حال حياته بين أن ولاءه كان لموالي الأب من ذلك الوقت وموالي الأم يجبرون على الأداء فيرجعون بما أدَّوا، كالملاعن إذا كذب نفسه بعدما جنى الولد، وقوم أمه عقل جنايته، فإنهم يرجعون بظهور النسب من وقت الجناية فكذا هذا، كذا في شرح الجامع لشمس الأئمة، وقاضي خان والمحبوبي.

وذكر التمرتاشي: هذا الذي ذكرنا فيما إذا مات عن وفاء، فإن مات لا عن وفاء قال الإسكاف: تنفسخ الكتابة حتى لو تطوع إنسان بأداء بدل الكتابة لا يقبل منه.

قَالَ: (وَمَا أَدَّى المُكَاتَبُ مِن الصَّدَقَاتِ إِلَى مَوْلَاهُ، ثُمَّ عَجزَ: فَهُوَ طَيِّبٌ لِلْمَوْلَى لِتَبَدُّلِ المِلْكِ) فَإِنَّ العَبْدَ يَتَمَلَّكُهُ صَدَقَةً وَالمَوْلَى عِوَضًا عَنْ العِتْقِ، وَإِلَيْهِ وَقَعَت الإِشَارَةُ النَّبَوِيَّةُ فِي حَدِيثِ بَرِيرَةَ ﷺ: «هِيَ لَهَا صَدَقَةٌ، وَلَنَا هَدِيَّةٌ» وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَبَاحَ لِلْغَنِيِّ وَالهَاشِمِيِّ، لِأَنَّ المُبَاحَ لَهُ يَتَنَاوَلُهُ عَلَى مِلْكِ المُبِيحِ، وَنَظِيرُهُ المُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا إِذَا أَبَاحَ لِغَيْرِهِ لَا يَطِيبُ لَهُ وَلَوْ مَلَكَهُ يَطِيبُ، وَلَوْ عَجزَ قَبْلَ الأَدَاءِ إِلَى المَوْلَى فَكَذَلِكَ الجَوَابُ، وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ ظَاهِرٌ، لِأَنَّ بِالعَجْزِ يَتَبَدَّلُ المِلْكُ عِنْدَهُ، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَإِنْ كَانَ بِالعَجْزِ يَتَقَرَّرُ مِلْكُ المَوْلَى عِنْدَهُ، لِأَنَّهُ لَا خُبْثَ فِي نَفْسِ الصَّدَقَةِ، وَإِنَّمَا الخُبْثُ فِي فِعْلِ الآخِذِ لِكَوْنِهِ إِذْلَالًا بِهِ.

قوله: (لتبدل الملك) فإن قيل: ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدله؟

قلنا: ملك الرقبة كان للمولى مغلوبا في مقابلة ملك اليد، ولهذا التصرف للمكاتب لا للمولى، وله أن يمنع المولى من التصرف، وبالعجز يصير الأمر على العكس فكان تبدلاً.

(وإليه وقعت الإشارة) أي: إلى التبدل والحل بعد التبدل وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة مع أن بريرة كانت مكاتبة.

وذكر المحبوبي وقاضي خان هذه المسألة على وجهين: [٢/ ٣٤٢/ أ] إما أن يعجز قبل أداء الصدقة إلى مولاه أو بعده.

فإن عجز بعد الأداء طاب المقبوض بالإجماع؛ لتبدل الملك كما ذكره في المتن.

أما إذا أخذ المولى مال الصدقة بعد عجزه وهو غني أو هاشمي فعلى قول محمد يطيب؛ لأن المذهب عنده أن المولى يملك أكسابه عند عجزه ملكا مبتدأ فيتبدل الملك، ولهذا أوجب نقض الإجارة في المكاتب إذا آجر أمته ظئرا.

وأما عند أبي يوسف فكذلك في الصحيح، وإن كان قياس مذهبه يقتضي أن لا يحل؛ لأنه لا يتبدل الملك بالعجز عنده بل يتقرر، وصار كأن الصدقة وقعت من الأصل للمولى، لكن الحنث عنده في فعل الأخذ لا في غير المال كما ذكر في المتن.

وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِلْغَنِيِّ مِن غَيْرِ حَاجَةٍ، وَلِلْهَاشِمِيِّ لِزِيَادَةِ حُرْمَتِهِ، وَالأَخْذُ لَمْ يُوجَدْ مِن المَوْلَى فَصَارَ كَابْنِ السَّبِيلِ إذَا وَصَلَ إلَى وَطَنِهِ، وَالفَقِيرِ إذَا اسْتَغْنَى، وَقَدْ بَقِيَ فِي أَيْدِيهِمَا مَا أَخَذَا مِن الصَّدَقَةِ فَإِنَّهُ يَطِيبُ لَهُمَا، وَعَلَى هَذَا إذَا أُعْتِقَ المُكَاتَبُ وَاسْتَغْنَى يَطِيبُ لَهُ مَا بَقِيَ مِن الصَّدَقَةِ فِي يَدِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا جَنَى العَبْدُ فَكَاتَبَهُ مَوْلَاهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالجِنَايَةِ، ثُمَّ عَجزَ: فَإِنَّهُ يَدْفَعُ أَوْ يُفدَى) لِأَنَّ هَذَا مُوجِبُ جِنَايَةِ العَبْدِ فِي الأَصْلِ، وَلَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِالجِنَايَةِ عِنْدَ الكِتَابَةِ حَتَّى يَصِيرَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ إلَّا أَنَّ الكِتَابَةَ مَانِعَةٌ مِن الدَّفْعِ، فَإِذَا زَالَ عَادَ الحُكْمُ الأَصْلِيُّ (وَكَذَلِكَ إذَا جَنَى المُكَاتَبُ وَلَمْ يُقْضَ بِهِ حَتَّى عَجزَ) لِمَا بَيَّنَّا مِن زَوَالِ المَانِعِ (وَإِنْ قَضَى بِهِ عَلَيْهِ فِي كِتَابَتِهِ ثُمَّ عَجزَ: فَهُوَ دَيْنٌ يُبَاعُ فِيهِ) لِانْتِقَالِ الحَقِّ مِن

قوله: (يطيب لهما) أي: للفقير إذا استغنى وابن السبيل، وكذا لو مات الفقير وابن السبيل يحل لوارثهما الغني الصدقة.

قوله: (وإذا جنى العبد فكاتبه) اعلم أن المولى لما كاتب العبد ولم يعلم بجنايته لا يكون عقد الكتابة اختيارًا للفداء، كما لو باعه وهو لا يعلم بجنايته، فإذا لم [يكن][1] اختيارًا يغرم قيمته كما في البيع؛ لامتناع الدفع بالكتابة والبيع، فإذا زال المانع قبل انتقال الحق عن الرقبة عاد الحكم الأصلي، وهو إما الدفع أو الفداء.

(وكذا إذا جنى المكاتب ولم يقض به) أي: بأرش الجناية حتى عجز لما بيـّنّا من زوال المانع ولا يعلم فيه خلاف.

وفي جناية المكاتب يجب الأقل من قيمته، ومن أرش الجناية كما في المدبر وأم الولد، كذا في المبسوط.

قوله: (وإن قضى به) أي: بموجب الجناية على المكاتب **(في حال كتابته ثم عجز فهو)** أي: قدر قيمته دينًا عليه يباع فيه.

وعند الأئمة الثلاثة: بالعجز يُرَدُّ إلى الرق فخير[2] سيده.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) في النسخة الثانية: (بجبر).

الرَّقَبَةِ إِلَى قِيمَتِهِ بِالقَضَاءِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَدْ رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ إِلَيْهِ، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا: يُبَاعُ فِيهِ وَإِنْ عَجَزَ قَبْلَ القَضَاءِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، لِأَنَّ المَانِعَ مِنَ الدَّفْعِ وَهُوَ الكِتَابَةُ قَائِمٌ وَقْتَ الجِنَايَةِ، فَكَمَا وَقَعَتْ انْعَقَدَتْ مُوجِبَةً لِلْقِيمَةِ كَمَا فِي جِنَايَةِ المُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ.

وَلَنَا: أَنَّ المَانِعَ قَابِلٌ لِلزَّوَالِ لِلتَّرَدُّدِ، وَلَمْ يَثْبُتْ الِانْتِقَالُ فِي الحَالِ، فَيَتَوَقَّفُ عَلَى القَضَاءِ، أَوْ الرِّضَا، وَصَارَ كَالعَبْدِ المَبِيعِ إِذَا أَبَقَ قَبْلَ القَبْضِ، يَتَوَقَّفُ الفَسْخُ عَلَى القَضَاءِ لِتَرَدُّدِهِ وَاحْتِمَالِ عَوْدِهِ، كَذَا هَذَا، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ، لِأَنَّهُمَا لَا يَقْبَلَانِ الزَّوَالَ بِحَالٍ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ مَوْلَى المَكَاتَبِ: لَمْ تَنْفَسِخِ الكِتَابَةُ) كَيْ لَا يُؤَدِّي إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ المُكَاتَبِ، إِذْ الكِتَابَةُ سَبَبُ الحُرِّيَّةِ وَسَبَبُ حَقِّ المَرْءِ حَقُّهُ (وَقِيلَ لَهُ: أَدِّ المَالَ

وعند زفر -وهو قول أبي يوسف-: أولًا يباع في قيمته في الفصلين إلا أن يقضي المولى عنه؛ لأن المكاتب ليس بمحل للدفع، وجنايته لا تتعلق برقبته، فوجب أن تصير جنايته موجبة للقيمة بنفس الوقوع كما في المدبر وأم الولد.

وقلنا: الأصل في جناية العبد وجوب الدفع: إلا أن يتعذر التسليم بوجود المانع من الانتقال من ملك إلى ملك، والمانع هاهنا قابل للفسخ والزوال، فلما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الأصلي إلا بالقضاء والرضا كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض لا ينتقض البيع إلا بالقضاء؛ لتردده واحتمال عوده، بخلاف التدبير والاستيلاد؛ لأن المانع ثابت متقرر لا يقبل الزوال، فوجب القيمة بلا توقف، إليه أشار قاضي خان والمحبوبي.

قوله: (كيلا تؤدي إلى إبطال حق المكاتَب) بفتح التاء وهو العبد المكاتب.

قوله: (وسبب حق المرء حقه) يعني الحرية حق العبد والكتابة سببها، فتكون الكتابة حقه، والحق لا يبطل بالموت كما لو كان على آخر دين ومات الآخر.

(وقيل له) أي: للمكاتب **(أدِّ المال)** إلى آخره ولا يعلم فيه خلاف.

إِلَى وَرَثَةِ الْمَوْلَى عَلَى نُجُومِهِ) لِأَنَّهُ اسْتِحْقَاقُ الحُرِّيَّةِ عَلَى هَذَا الوَجْهِ، وَالسَّبَبُ انْعَقَدَ كَذَلِكَ فَيَبْقَى بِهَذِهِ الصِّفَةِ وَلَا يَتَغَيَّرُ، إِلَّا أَنَّ الوَرَثَةَ: يَخْلُفُونَهُ فِي الِاسْتِيفَاءِ (فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُ الوَرَثَةِ لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ، وَهَذَا لِأَنَّ المُكَاتَبَ لَا يَمْلِكُ بِسَائِرِ أَسْبَابِ المِلْكِ فَكَذَا بِسَبَبِ الوِرَاثَةِ.

وَإِنْ أَعْتَقُوهُ جَمِيعًا عَتَقَ وَسَقَطَ عَنْهُ بَدَلُ الكِتَابَةِ، لِأَنَّهُ يَصِيرُ إِبْرَاءً عَنْ بَدَلِ الكِتَابَةِ فَإِنَّهُ حَقُّهُمْ وَقَدْ جَرَى فِيهِ الإِرْثُ، وَإِذَا بَرِئَ المُكَاتَبُ عَنْ بَدَلِ الكِتَابَةِ يُعْتَقُ

وهذا بخلاف ما لو كاتب المريض عبده على ألفين إلى سنة، وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره فإنه يؤدي ثلثي القيمة حالًا، وكذا ذكر فيما بعده أدى ثلثي القيمة حالًا أو يرد رقيقا، وهاهنا يؤديه على نجومه مؤجلًا لا حالًا؛ لما أن وضع المسألة هاهنا مطلقًا فيكون محمولًا على حال الصحة؛ لأن ذلك هو المطلق من الأحوال؛ وهناك وضع في المريض، والمرض من العوارض، وبه صرح في المبسوط.

وحاصله: أن يصرف المريض؛ لما انحصر بثلث المال في حق الإسقاط فكذا انحصر تصرفه في حق الثلث في حق التأجيل؛ فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه؛ لأن المكاتب يورث؛ لأنه مملوك؛ والمملوك يورث فصار كإعتاق الكل.

وقلنا: أضاف التصرف إلى ما لا يملكه فيلغو كأحد الشريكين إذا أعتق نصيب شريكه فإنه يلغو، وهذا لأن المكاتب لا يورث؛ لأنه سبب الملك ولا يملك المكاتب سببًا من أسباب الملك، فكذا بسبب الوراثة.

والقياس في إعتاق الكل أن لا ينفذ عتقهم ولا يسقط حقهم في بدل الكتابة؛ لإضافتهم التصرف إلى ما ليس بملكهم، وإنما حكمنا بعتقه استحسانا؛ لأن إعتاق كله مسقط لبدل الكتابة عنه فيمكن أن يجعل إعتاقه إسقاطا لبدل الكتابة إذ هو حقهم، وقد جرى فيه الإرث صونا للكلام عن الإلغاء، وبراءته عن البدل سبب لعتقه كما [٢/ ٣٤٢/ ب] لو أبرأه المولى، وكما لو قال صريحا: أبرأناك عن البدل.

كَمَا إِذَا أَبْرَأَهُ المَوْلَى، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَهُ أَحَدُ الوَرَثَةِ لَا يَصِيرُ إِبْرَاءً عَنْ نَصِيبِهِ، لِأَنَّا نَجْعَلُهُ إِبْرَاءَ اقْتِضَاءٍ تَصْحِيحًا لِعِتْقِهِ. وَالعِتْقُ لَا يَثْبُتُ بِإِبْرَاءِ البَعْضِ أَوْ أَدَائِهِ فِي المُكَاتَبِ لَا فِي بَعْضِهِ وَلَا فِي كُلِّهِ، وَلَا وَجْهَ إِلَى إِبْرَاءِ الكُلِّ لِحَقِّ بَقِيَّةِ الوَرَثَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

ألا ترى أنه إذا أعتق بعضه بالتدبير بموت المولى لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة، ولا يصير إبراء عن نصيبه؟ لأنا نجعلها إبراء اقتضاء تصحيحا لإعتقاهم، والعتق بإبراء البعض كأداء بعض البدل ولا جائز أن يثبت الإبراء عن الكل، لأن الكل حق الكل لا حقه إليه أشار في مكاتب المبسوط.

شرط الخيار جائز في عقد الكتابة عندنا.

وقالت الأئمة الثلاثة: لا يجوز؛ لأن الخيار شرع لدفع العين عن المال، والسيد دخل على بصيرة، وأن له الحظ لعبده فلا معنى للخيار.

وقلنا هو عقد معاوضة، فيجوز فيه الخيار كما في البيع، وقد بينا الخلاف في بيع المكاتب في البيوع.

كِتَابُ الوَلَاءِ

الوَلَاءُ نَوْعَانِ: وَلَاءُ عَتَاقَةٍ، وَيُسَمَّى وَلَاءَ نِعْمَةٍ، ....

كِتَابُ الْوَلَاءِ

إيراد الولاء عقيب الكتابة ظاهر التناسب؛ لأن فيه أثرًا من آثار التكاسب، وهو المرجح لإيراده هاهنا دون عقيب الإعتاق، ثم محاسن الولاء لا تحتاج إلى البيان؛ لأنه ثمرة الإحسان، وفيه شكر المنعم وإتمام الإحسان.

والولاء لغة: مشتق من الولي، وهو القرب، وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل.

وقيل: الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة.

إلا أنه اختص في الشرع بولاء العتق والموالاة؛ لأنه عبارة في الشرع عن التناصر سواء كان الإعتاق أو بالعقد.

ولهذا قال في المبسوط: والمقصود منها التناصر، وقد كانوا في الجاهلية يتناصرون بأسباب منها: الحلف، والممالحة، فالشرع قرر حكم التناصر بالولاء.

وسببه ما ذكر في الكتاب من العتق والعقد.

وقيل: سببه زوال الملك بالحرية بأي جهة كان، بجهة الواجب كالعتق للكفارة، أو بغير جهة بالإعتاق والتدبير والاستيلاد والكتابة وملك القريب، وحكم الولاء الإرث كما يجيء ولا خلاف فيه، إليه أشار في الذخيرة.

قوله: (ويسمى ولاء نعمة) وسمى ولاء العتاقة ولاء النعمة اقتداء بكتاب الله تعالى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧] أي: أنعم الله بالإسلام، وأنعمت عليه بالإعتاق، والآية في زيد بن حارثة مولى رسول الله ﷺ.

وَسَبَبُهُ: العِتْقُ عَلَى مِلْكِهِ فِي الصَّحِيحِ، ....

قوله: (وسببه) أي: سبب ولاء العتاقة (**العتق على ملكه**) كما ذكرنا بأي جهة كان.

وقوله: (**في الصحيح**) احترازًا عن قول أصحابنا، فإنهم يقولون: سببه الإعتاق مستدلين بقوله عليه الصلاة والسلام: «**الوَلاءُ لِمَنْ أعتَقَ**»[1]، ولكنه ضعيف، فإن تملك القريب يعتق ويثبت الولاء بإجماع أهل العلم، ولا إعتاق هاهنا.

والصحيح: أن سببه العتق على ملكه؛ لأن الحكم يضاف إلى سببه، يقال ولاء العتاقة، ولا يقال ولاء الإعتاق، كذا في المبسوط والذخيرة.

ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام: «**الولاءُ لِمَنْ أعتَقَ**» أي: يعتقه فكان أولى؛ لتناوله الصورتين، وبنى على ذلك حكم الإرث بولاء العتاقة بإجماع أهل العلم.

وبالموالاة خلاف إذا ثبت هذا كل معتق غير حربي يستحق الولاء بإجماع أهل العلم.

والحربي لو أعتق حربيًّا ثم خرجا مسلمين لا يستحق ولاؤه عند أبي حنيفة ومحمد لعدم صحة العتق في دار الحرب، بل يعتق بالتخلية.

وعند عامة أهل العلم وأبي يوسف يصح، ويكون ولاؤه له؛ لأنه علق بالإعتاق والتخلية جميعا.

وباختلاف دين السيد والمعتق الولاء ثابت ولا يرثه عند جمهور الفقهاء لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لَا يَرِثُ المُسلِمُ الكافِرَ ولَا الكافِرُ المُسلِمَ**»[2].

وعن أحمد فيه روايتان: في رواية لا يرثه كقول الجمهور، وفي رواية يرثه.

وروي ذلك عن علي وعمر بن عبد العزيز، وبه قال أهل الظاهر، واحتج أحمد بقول علي "الولاء شعبة من الرق".

---

(١) أخرجه البخاري (١/ ٩٨ رقم ٤٥٦)، ومسلم (٢/ ١١٤١ رقم ١٥٠٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) أخرجه البخاري (٨/ ١٥٦ رقم ٦٧٦٤)، ومسلم (٣/ ١٢٣٣ رقم ١٦١٤) من حديث أسامة بن زيد رضي الله عنه.

حَتَّى لَوْ عَتَقَ قَرِيبُهُ عَلَيْهِ بِالوِرَاثَةِ كَانَ الوَلَاءُ لَهُ. وَوَلَاءُ مُوَالَاةٍ، وَسَبَبُهُ العَقْدُ، وَلِهَذَا يُقَالُ وَلَاءُ العَتَاقَةِ وَوَلَاءُ المُوَالَاةِ، وَالحُكْمُ يُضَافُ إِلَى سَبَبِهِ، وَالمَعْنَى فِيهِمَا التَّنَاصُرُ، وَكَانَتْ العَرَبُ تَتَنَاصَرُ بِأَشْيَاءَ، وَقَرَّرَ النَّبِيُّ ﷺ تَنَاصُرَهُمْ بِالوَلَاءِ بِنَوْعَيْهِ فَقَالَ: «إِنَّ مَوْلَى القَوْمِ مِنهُمْ وَحَلِيفَهُمْ مِنهُمْ» وَالمُرَادُ بِالحَلِيفِ مَوْلَى المُوَالَاةِ، لِأَنَّهُمْ كَانُوا يُؤَكِّدُونَ المُوَالَاةَ بِالحِلْفِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَى مَمْلُوكَهُ: فَوَلَاؤُهُ لَهُ) لِقَوْلِه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، وَلِأَنَّ التَّنَاصُرَ بِهِ، فَيَعْقِلُهُ، وَقَدْ أَحْيَاهُ مَعْنًى بِإِزَالَةِ الرِّقِّ عَنْهُ، فَيَرِثُهُ وَيَصِيرُ الوَلَاءُ كَالوِلَادِ، وَلِأَنَّ الغُنْمَ بِالغُرْمِ، وَكَذَا المَرْأَةُ تَعْتِقُ لِمَا رَوَيْنَا، «وَمَاتَ مُعْتَقٌ لِابْنَةِ حَمْزَةَ ﷺ عَنْهَا وَعَنْ بِنْتٍ فَجَعَلَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ المَالَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ». وَيُسْتَوَى فِيهِ الإِعْتَاقُ بِمَالٍ وَبِغَيْرِهِ لِإِطْلَاقِ مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (فَإِنْ شَرَطَ أَنَّهُ سَائِبَةٌ: فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، وَالوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ) لِأَنَّ الشَّرْطَ

وقال مالك: يرث المسلم مولاه النصراني، ولا يرث النصراني المسلم؛ لأنه لا يصلح له تملكه.

قوله: (لما روينا)، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**الولاء لمن أعتق**» وما ذكره من المعقول، وهو أن ثبوت الولاء بإحداث قوة المالكية وإزالة الرق في المُعتَقِ، وفي هذا يستوي الرجل والمرأة، والإعتاق بالمال وغير المال.

قوله: (فإن شرط أنه سائبة) أي: شرط أن لا يرثه ولا يكون له عليه ولاء، فالشرط باطل عند جمهور العلماء.

وعند أحمد لم يكن له الولاء عليه [٢/ ٣٤٣/ أ] إن عتقه سائبة، فلو أخذ من ميراثه شيئًا رده في مثله، وفي المنصوص عن أحمد لو خلَّف مالًا ولم يدع وارثًا اشتري بماله رِقابًا فأعتقهم؛ لأن ابن عمر أعتق عبده سائبة فمات فاشترى بماله رقابًا فأعتقهم.

وقال مالك ومكحول وأبو العالية والزهري وعمر بن عبد العزيز: يجعل ولاءه لجماعة المسلمين كذا فعله بعض الصحابة.

مُخَالِفٌ لِلنَّصِّ فَلَا يَصِحُّ.

قَالَ: (وَإِذَا أَدَّى الْمُكَاتَبُ: عَتَقَ، وَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى، وَإِنْ عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلَى) لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِ بِمَا بَاشَرَ مِن السَّبَبِ وَهُوَ الكِتَابَةُ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي الْمُكَاتَبِ

وقال ابن قدامة في المغني: ولعل أحمد ذهب إلى شراء الرقاب استحبابا لفعل ابن عمر، والولاء للمُعتِق، وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق والشافعي والشعبي والنخعي وابن سيرين وراشد بن سعد وضمرة بن حبيب لقوله عليه الصلاة والسلام: «**الوَلاءُ لِمَنْ أعتَقَ**» فيكون الشرط مخالفًا للنص، فلا يصح.

ولأنه عليه السلام جعل الولاء لحمة كلحمة النسبة[1]، أي: وصلة كوصلة والنسب لا يزول عن فراش بشرط زواله فكذا الولاء.

ولذلك لما رأى أهل بريرة اشتراط ولائها على عائشة فقال عليه الصلاة والسلام: «**اِشْتَرِيها واشْتَرِطِي لَهُمُ الوَلاءَ وإنّما الوَلاءُ لِمَنْ أعتَقَ**»[2]، يعني اشتراطهم تحويل الولاء لا يفيد ولا يزيل عن المعتق.

وفي المواضع الذي جعل بعض الصحابة ميراثه لبيت المال أو في مثله كالتبرع المعتق[3] ويوزعه عن ميراثه كما فعل ابن عمر في ميراث معتقه وفعل عمر وابن مسعود في ميراث الذي تورع سيده عن أخذه.

وقيل في تأويل قوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٖ وَلَا سَآئِبَةٖ﴾ [المائدة:١٠٣] أن الرجل إذا أعتق عبدًا قال: هو سائبة، لا ميراث ولا عقل بينهما.

قوله: (وقد قررناه في المكاتب) أن ولاءه لمولاه، وهو قول عامة الفقهاء.

---

(١) أخرجه الشافعي في "الأم" (٢/ ٧٢)، وابن حبان (١١/ ٣٢٦ رقم ٤٩٥٠)، والحاكم (٤/ ٣٤١ رقم ٧٩٩٠) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال البيهقي: وهذا اللفظ بهذا الإسناد غير محفوظ. . . . . ، وروي من أوجه أخر ضعيفة، وأصح ما روي فيه حديث هشام بن حسان، عن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ: «الوَلاءُ لُحمةٌ كلُحمَةِ النّسبِ، لا يُباعُ، ولَا يوهبُ»، وهذا مرسل. "معرفة السنن" (٢٠٤٩٧)، وقال ابن حجر: وقال أبو بكر النيسابوري: هذا خطأ؛ لأن الثقات رووه عن عبد الله بن دينار بغير هذا اللفظ، وهذا اللفظ إنما هو رواية الحسن المرسلة. "تلخيص الحبير" (٤/ ٥١١).

(٢) أخرجه البخاري (١/ ٩٨ رقم ٤٥٦)، ومسلم (٢/ ١١٤١ رقم ١٥٠٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٣) في النسخة الثانية: (كان لمتبرع الحق).

(وَكَذَا العَبْدُ المُوصَى بِعِتْقِهِ، أَوْ بِشِرَائِهِ وَعِتْقِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ) لِأَنَّ فِعْلَ الوَصِيِّ بَعْدَ مَوْتِهِ كَفِعْلِهِ، وَالتَّرِكَةُ عَلَى حُكْمِ مِلْكِهِ (وَإِنْ مَاتَ المَوْلَى عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي العِتَاقِ (وَوَلَاؤُهُمْ لَهُ) لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُمْ بِالتَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ (وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنهُ عَتَقَ عَلَيْهِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي العَتَاقِ (وَوَلَاؤُهُ لَهُ) لِوُجُودِ السَّبَبِ وَهُوَ العِتْقُ عَلَيْهِ (وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدُ رَجُلٍ أَمَةً لِآخَرَ، فَأَعْتَقَ مَوْلَى الأَمَةِ الأَمَةَ، وَهِيَ حَامِلٌ مِن العَبْدِ: عَتَقَتْ وَعَتَقَ حَمْلُهَا، وَوَلَاءُ الحَمْلِ لِمَوْلَى الأُمِّ لَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ أَبَدًا) لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَى مُعْتِقِ الأُمِّ مَقْصُودًا إِذْ هُوَ جُزْءٌ مِنهَا يَقْبَلُ الإِعْتَاقَ مَقْصُودًا فَلَا يَنْتَقِلُ وَلَاؤُهُ عَنْهُ عَمَلًا بِمَا رَوَيْنَا (وَكَذَلِكَ: إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا لِأَقَلَّ مِن سِتَّةِ أَشْهُرٍ) لِلتَّيَقُّنِ بِقِيَامِ الحَمْلِ وَقْتَ الإِعْتَاقِ (أَوْ وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ أَحَدُهُمَا لِأَقَلَّ مِن سِتَّةِ أَشْهُرٍ) لِأَنَّهُمَا تَوْأَمَانِ يَتَعَلَّقَانِ مَعًا. وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا وَالَتْ رَجُلًا وَهِيَ حُبْلَى وَالزَّوْجُ وَالَى غَيْرَهُ حَيْثُ يَكُونُ وَلَاءُ الوَلَدِ لِمَوْلَى الأَبِ، لِأَنَّ الجَنِينَ غَيْرُ قَابِلٍ لِهَذَا الوَلَاءِ مَقْصُودًا، لِأَنَّ تَمَامَهُ

وعن عمرو بن دينار: لا ولاء على المكاتب؛ لأنه اشترى نفسه من سيده، فلم يكن عليه ولاء كما لو اشتراه أجنبي.

وقال مكحول: المكاتب إذا اشترط ولاءه مع رقبته جاز.

وقال قتادة: من لم يشترط ولاء مكاتبه فلمكاتبه أن يوالي من شاء.

ولنا حديث بريرة أنها مكاتبة فجاءت عائشة فقالت عائشة: أعددت لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك [لي][1]، فأبوا قومها أن يبيعوها إلا أن يكون الولاء لهم، فقال عليه الصلاة والسلام: «**إِشْتَرِيها واشْتَرِطي لَهُمُ الوَلاءَ**» وهذا يدل على أن الولاء كان لهم لو لم تشترها، ولأن السيد هو العتق له لأن بيع ما له بماله لا يجوز، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «**الوَلاءُ لِمَنْ أعتَقَ**».

قوله: (**على معتِق الأم**) بكسر التاء (**مقصودًا**) إذا هو أضاف الإعتاق إلى جميع أجزائها، والولد جزؤها ويعتق مقصودا أيضًا فلا ينتقل ولاؤه عنه لظاهر ما روينا كذا ذكره شيخ الإسلام.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

بِالإِيجَابِ وَالقَبُولِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لَهُ.

قَالَ: (فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ عِتْقِهَا لِأَكْثَرَ مِن سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَلَدًا: فَوَلَاؤُهُ لِمَوَالِي الأُمِّ) لِأَنَّهُ عَتَقَ تَبَعًا لِلأُمِّ لِاتِّصَالِهِ بِهَا بَعْدَ عِتْقِهَا فَيَتْبَعُهَا فِي الوَلَاءِ وَلَمْ يَتَيَقَّنْ بِقِيَامِهِ وَقْتَ الإِعْتَاقِ حَتَّى يَعْتِقَ مَقْصُودًا (فَإِنْ أُعْتِقَ الأَبُ جَرَّ وَلَاءَ ابْنِهِ وَانْتَقَلَ عَنْ مَوَالِي الأُمِّ إِلَى

قوله: (وهو) أي الجنين (**ليس بمحل**) للإيجاب والقبول.

قوله: (**جر الأب ولاء ابنه**) وهذا قول الفقهاء والتابعين والصحابة.

وقال داود والزهري وميمون بن مهران وحميد بن عبد الرحمن: إن الولاء لا ينجَرُّ عن موالي الأم، وقد روي عن عثمان وزيد بن ثابت مثل هذا، وذلك لأن الولاء لحمة كلحمة النسب، والنسب لا يزول عمن ثبت له فكذا الولاء.

وللجمهور أن الانتساب إلى الأب فكذا الولاء، وإنما كان ولاء الولد لموالي الأم ضرورة، فإذا أعتق الأب زالت الضرورة فعادت النسب إليه.

وروي عن الزبير أنه لما قدم خيبر رأى فِتْيَةً لُعْسًا، فأعجبه ظرفهم وجمالهم، فسأل عنهم فقيل له موالي رافع بن خديج، وأبوهم مملوك لابن الحرقة، فاشترى الزبير أباهم فأعتقهم وقال لأولاده: انتسبوا إليّ فإن ولاءكم لي، فقال رافع بن خديج: الولاء لي، فاحتكموا إلى عثمان فقضى بالولاء للزبير، فاجتمعت الصحابة عليه وهو المشهور من عثمان.

وأما قولهم: النسب لا يزول ولا يفسخ بعد ثبوته.

قلنا: نعم، ولكن حدث ولاء أولى منه فقُدِّمَ عليه كما في الأخ أنه عصبة فإذا حدث ابن لا يبطل تعصيبه ولكن تقدم الابن عليه.

اللَّعَس: سواد في الشفتين تستحسنه العرب.

والحُرَقَة: بضم الحاء المهملة وفتح الراء المهملة: قلب لبطن من جهينة، ومعنى قوله: أعجبه ظرفهم: أي: ملاحتهم، وقيل: كياستهم؛ فمن كان بهذا اللون فهو كيس عادة، كذا في المبسوط والمغني لابن قدامة والمُغرِب.

قوله عليه الصلاة والسلام: «**الوَلاءُ لُحمةٌ كَلُحْمَةِ النسب**»[1]، أي: تشابكٌ

---

(١) أخرجه الشافعي في "الأم" (٢/ ٧٢)، وابن حبان (١١/ ٣٢٦ رقم ٤٩٥٠)، والحاكم (٤/ ٣٤١ رقم ٧٩٩٠) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما. =

مَوَالِي الأَبِ) لِأَنَّ العِتْقَ هَاهُنَا فِي الوَلَدِ يَثْبُتُ تَبَعًا لِلْأُمِّ، بِخِلَافِ الأَوَّلِ، وَهَذَا لِأَنَّ الوَلَاءَ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ» ثُمَّ النَّسَبُ إِلَى الآبَاءِ فَكَذَلِكَ الوَلَاءُ، وَالنِّسْبَةُ إِلَى مَوَالِي الأُمِّ كَانَتْ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الأَبِ ضَرُورَةً، فَإِذَا صَارَ أَهْلًا عَادَ الوَلَاءُ إِلَيْهِ؛ كَوَلَدِ المُلَاعَنَةِ يُنْسَبُ إِلَى قَوْمِ الأُمِّ ضَرُورَةً، فَإِذَا أَكْذَبَ المُلَاعِنُ نَفْسَهُ يُنْسَبُ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أُعْتِقَتْ المُعْتَدَّةُ .....

ووصلة كوصلة النسب لا يباع ولا [٢/ ٣٤٣/ب] يوهب ولا يورث، فالولاء لا يورث عند جمهور العلماء والفقهاء وأصحاب الظاهر.

وقد شذ شريح وقال بأنه يورث كالمال عن المعتق، فمن ملك شيئًا من الولاء حال حياته فهو لورثته، وكان بين ابن المعتق وبنته ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١].

وعن سليمان بن يسار أنه كان مولى لميمونة فوهبت ولاءها لابن عباس، وللجمهور قوله عليه الصلاة والسلام: «**إنّما الوَلاءُ للمُعتِقِ**».

وقوله: («**الوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحمَةِ النَّسَبِ**»)، والنسب لا يورث فكذا الولاء، ولأنه معنى يورث به فلا ينتقل كسائر الأسباب، ويحتمل حديث ابن يسار أن ميمونة وهبت لابن عباس ما أصابها من ولاية.

قوله: (**كولد الملاعنة**) فإن ولد الملاعنة ينتسب إلى أمه قبل الإكذاب، أما بعد إكذاب الملاعن نفسه ينسب إلى الملاعن، وإن لم يكن الانتساب إليه فكذا في مسألتنا.

وقوله: (**بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة...**) إلى آخره يتعلق بقوله: (**فإذا صار**) أي: الأب (**أهلا عاد الولاء إليه**) يعني إذا ولدت بعد عتقها لأكثر

= قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال البيهقي: وهذا اللفظ بهذا الإسناد غير محفوظ. . . . ، وروي من أوجه أخر ضعيفة، وأصح ما روي فيه حديث هشام بن حسان، عن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ: «الوَلاءُ لُحمةٌ كلُحمةِ النّسبِ، لا يُباعُ، ولا يوهَبُ»، وهذا مرسل. "معرفة السنن" (٢٠٤٩٧)، وقال ابن حجر: وقال أبو بكر النيسابوري: هذا خطأ؛ لأن الثقات رووه عن عبد الله بن دينار بغير هذا اللفظ، وهذا اللفظ إنما هو رواية الحسن المرسلة. "تلخيص الحبير" (٤/ ٥١١).

عَنْ مَوْتٍ أَوْ طَلَاقٍ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِن سَنَتَيْنِ مِن وَقْتِ المَوْتِ أَوْ الطَّلَاقِ، حَيْثُ

من ستة أشهر ثم أعتق الأب يجر ولاء ابنه إلا في الأمَةِ المعتدة عن موت أو طلاق، حيث يكون ولاء الولد لمولى أمه، وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت لاستحالته من الميت وإلى ما بعد الطلاق.

أما إذا كان بائنًا فلحرمة الوطء بعده، وأما إذا كان رجعيًّا فلأن لا يصير مراجعا بالشك، وهذا لأنه لو وطئ في العدة يصير مراجعًا، ولو حمل على ما قبل الطلاق لا يصير مراجعًا بالشك، فأُسنِد إلى حالة النكاح، فكان الحمل موجودًا عند إعتاق الأم فيعتق مقصودًا فلا ينتقل.

وما وقع في بعض نسخ الهداية: (**فجاءت بولد لأكثر من سنتين**)[1] لا يكاد يصح.

والصحيح: ما ذكر في شرح الطحاوي: (**لأقل من سنتين**) كما ذكر في بعض النسخ.

فإنه ذكر في المبسوط[2] أيضًا لأقل من سنتين، أو لتمام السنتين؛ لأن النسب ينسب إلى سنتين، ومن ضرورته أن يكون العلوق قبل الطلاق، فأما إذا جاءت لأكثر من سنتين فيكون الولد لمولى الأم، ويصير مراجعًا لتيقننا أن العلوق حصل بعد الطلاق وإن كانت أقرب بانقضاء العدة، فإذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر بعد ذلك، ولتمام سنتين منذ طلق، فالولد مولى لموالي الأم؛ لأنا علمنا مجازفتها في الإقرار بالانقضاء وهي حامل، فيستند العلوق إلى أبعد الأوقات فلا يصير مراجعًا، إلا أن تكون جاءت به لأكثر من سنتين منذ طلَّق، فحينئذ يصير مراجعًا؛ لأن إقرارها بانقضاء العدة صار لغوًا حين تيقُّنا أنها كانت حاملًا يومئذ، وكان الولاء لموالي الأب؛ لأنا لم نتيقن بكون الولد موجودًا في البطن حين عتقها، ولا يصير مقصودًا بالولاء إلا بذلك.

فعلم مما ذكر في المبسوط أن الصحيح من النسخ أقل من سنتين، وما وقع

(١) في الأصل: (لأكثر من ستة من سنتين)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسرخسي (٤/ ٢٠٩).

يَكُونُ الوَلَدُ مَوْلًى لِمَوَالِي الأُمِّ، وَإِنْ أُعْتِقَ الأَبُ لِتَعَذُّرِ إِضَافَةِ العُلُوقِ إِلَى مَا بَعْدَ المَوْتِ وَالطَّلَاقِ البَائِنِ لِحُرْمَةِ الوَطْءِ وَبَعْدَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ، لِمَا أَنَّهُ يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِالشَّكِّ فَأُسْنِدَ إِلَى حَالَةِ النِّكَاحِ فَكَانَ الوَلَدُ مَوْجُودًا عِنْدَ الإِعْتَاقِ فَعَتَقَ مَقْصُودًا (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَإِذَا تَزَوَّجَتْ مُعْتَقَةٌ بِعَبْدٍ، فَوَلَدَتْ أَوْلَادًا، فَجَنَى الأَوْلَادُ: فَعَقْلُهُمْ عَلَى مَوَالِي الأُمِّ) لِأَنَّهُمْ عَتَقُوا تَبَعًا لِأُمِّهِمْ وَلَا عَاقِلَةَ لِأَبِيهِمْ وَلَا مَوْلَى، فَأُلْحِقُوا بِمَوَالِي الأُمِّ ضَرُورَةً كَمَا فِي وَلَدِ المُلَاعَنَةِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا (فَإِنْ أُعْتِقَ الأَبُ: جَرَّ وَلَاءَ الأَوْلَادِ إِلَى نَفْسِهِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَلَا يَرْجِعُونَ عَلَى عَاقِلَةِ الأَبِ بِمَا عَقَلُوا) لِأَنَّهُمْ حِينَ عَقَلُوهُ كَانَ الوَلَاءُ ثَابِتًا لَهُمْ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لِلْأَبِ مَقْصُودًا، لِأَنَّ سَبَبَهُ مَقْصُودٌ وَهُوَ العِتْقُ، بِخِلَافِ وَلَدِ المُلَاعَنَةِ إِذَا عَقَلَ عَنْهُ قَوْمُ الأُمِّ ثُمَّ أَكْذَبَ المُلَاعِنُ نَفْسَهُ حَيْثُ يَرْجِعُونَ عَلَيْهِ، لِأَنَّ النَّسَبَ هُنَالِكَ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا إِلَى وَقْتِ العُلُوقِ، وَكَانُوا مَجْبُورِينَ عَلَى ذَلِكَ فَيَرْجِعُونَ.

قَالَ: (وَمَنْ تَزَوَّجَ مِن العَجَمِ ....

في بعض النسخ أكثر من سنتين سهو من الكاتب.

والحاصل: أن العتق متى ثبت قصدا في الولد لا ينتقل ولاؤه إلى الأب، ومتى ثبت بطريق التبعية ينتقل ولا خلاف لجمهور العلماء فيه.

قوله: (مقصودًا) أي: على زمان عتق الأب **(لأن سببه)** وهو عتق الأب **(مقصود)** غير مستند إلى وقت سابق، فكذا حكمه فلم يتبين أن قوم الأب قضَوا دينًا على موالي الأب، فلهذا لا يرجع عاقلة الأم على موالي الأب بشيء.

قوله: (مستندًا إلى وقت العلوق) لا من وقت الإكذاب، فإنه لا يتصور أن لا يكون عند العلوق ولد لإنسان ثم يصير ولدا له بعده، فتبين أن النسب كان ثابتا من الأب حين جنى، وأن موجب جنايته على عاقلة الأب، وأجبر عاقلة الأم على القضاء فيرجعون عليهم بذلك.

قوله: (ومن تزوج من العجم)، وفي المُغْرِب: العجم: جمع العجمي، وهو خلاف العربي وإن كان فصيحًا[1].

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٣٠٥).

بِمُعْتَقَةٍ مِن العَرَبِ فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلَادًا فَوَلَاءُ أَوْلَادِهَا لِمَوَالِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ).

وفي المبسوط: إذا كانت الأمة معتقة إنسان، والأب مسلم نبطي لم يعتقه أحد فالولد مولى لموالي الأم، وكذا إن كان نبطيًّا كافرًا ثم أسلم ووالى رجلًا فعند أبي حنيفة ومحمد فيكون مولى لموالى الأم(١).

وعند أبي يوسف في الفصلين لا يكون الولد مولى لموالي الأم، ولكنه منسوب إلى قوم أبيه؛ لأنه كالنسب، والنسب إلى الآباء، وإن كان جانب الأم أشرف بأن كانت عربية والأب عجميًّا.

ألا ترى أنه لو كان الأب حرًّا عربيًا كان الولد [٢/ ٣٤٤/أ] منسوبًا إلى قوم أبيه؟ ولا يكون مولى الموالي أمه، فكذا إذا كان عجميًّا.

وفي المغني لابن قدامة: إذا كان الأب حر الأصل فالولد يتبعه، ولا يكون عليه ولاء وهو قول أكثر أهل العلم، سواء كان الأب عربيًّا أو عجميًّا، وسواء كان مسلمًا أو ذميًّا أو مجهول النسب أو معلومه، وهو قول أبي يوسف ومالك وابن سريج من أصحاب الشافعي(٢).

قال ابن اللبان من أصحاب الشافعي: إن كان مجهول النسب يثبت الولاء على ولده لموالي الأم إن كانت مولاة، وهو ظاهر مذهب الشافعي، وبه قال القاضي الحنبلي.

وقيل: هذا قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد.

لكن ذكر في الحلية: فإن الأب حر الأصل والأم معتقة لم يثبت الولاء على الولد، سواء كان الأب عربيًّا أو عجميًّا.

وقال أبو حنيفة: إن كان أعجميا يثبت الولاء على الولد، وبناه على أصله في جواز استرقاق عبدة الأوثان من العجم دون العرب، فإن كان الأب مُعتَقًا والأم حرة الأصل فهل يثبت الولاء على الولد؟

فيه وجهان: أحدهما: أنه لا يثبت، والثاني: أنه يثبت.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٨/ ٨٨).

(٢) المغني لابن قدامة (٦/ ٤٢٠).

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: حُكْمُهُ حُكْمُ أَبِيهِ(*)، لِأَنَّ النَّسَبَ إِلَى الأَبِ كَمَا إِذَا كَانَ الأَبُ عَرَبِيًّا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الأَبُ عَبْدًا، لِأَنَّهُ هَالِكٌ مَعْنًى.

وَلَهُمَا: أَنَّ وَلَاءَ العَتَاقَةِ قَوِيٌّ مُعْتَبَرٌ ....

أما إذا كان الأب مجهول النسب محكوما بحريته بالظاهر والأم معتقة، قيل: يثبت الولاء على الولد لمولى الأم.

قال أبو العباس: قياس قول الشافعي لا يثبت كما لو كان معروف النسب.

وقال ابن اللبان: يثبت، وهو قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد؛ لأن مقتضى ثبوته لموالي الأم موجود، وإنما امتنع في محل معروف للتيقن بحرية الأب، فإذا لم تكن معلومة فقد وقع الشك في المانع، فيبقى على الأصل ولا يزول بالشك في المانع.

وقلنا: الأب محكوم بحريته ظاهرا؛ إذ الأصل في بني آدم الحرية وعدم الولاء، فلا يترك هذا الأصل بالوهم في حق الولد فأشبه معروف النسب، وهو قول أبي يوسف.

فقال أبو يوسف في الفصلين: إن الولد منسوب إلى قوم أبيه، وأبوه حرٌّ لَهُ عشيرةٌ ومواليَ، بخلاف ما إذا كان الأب عبدًا، فإن العبد رقيق بجميع أجزائه، وماؤه جزء منه، فإنما تثبت الحرية لمائه باتصال برحمها، فكان الولد مولى لمواليها حتى يعتق الأب.

وهذا المعنى معدوم إذا كان الأب حرًّا، ولهذا لو كان حرًّا عربيًّا يكون الولد منسوبا إلى قوم أبيه، ولا يكون مولى لموالي أمه بالاتفاق.

فكذا إذا كان عجميا؛ لأن العرب والعجم في حرية الأصل سواء، ولأن الرق تلف حكما، فإذا كان الأب عبدا يكون هالكا حكما، فصار كأنه لا أب له، فيكون الولد منسوبا إلى موالي أمه ضرورة.

وهذا معنى قول المصنف لأنه هالك معنى.

قوله: (قوي معتبر) فإنه ولاء نعمة حتى اعتبرت الكفاءة فيه، فالعجم لا

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

فِي حَقِّ الأَحْكَامِ، حَتَّى اعْتُبِرَتْ الكَفَاءَةُ فِيهِ، وَالنَّسَبُ فِي حَقِّ العَجَمِ ضَعِيفٌ، فَإِنَّهُمْ ضَيَّعُوا أَنْسَابَهُمْ، وَلِهَذَا: لَمْ تُعْتَبَرْ الكَفَاءَةُ فِيمَا بَيْنَهُمْ بِالنَّسَبِ، وَالقَوِيُّ لَا يُعَارِضُهُ الضَّعِيفُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الأَبُ عَرَبِيًا، لِأَنَّ أَنْسَابَ العَرَبِ قَوِيَّةٌ مُعْتَبَرَةٌ فِي حُكْمِ الكَفَاءَةِ وَالعَقْلِ، كَمَا أَنَّ تَنَاصُرَهُمْ بِهَا فَأَغْنَتْ عَنْ الوَلَاءِ.

قَالَ ﷺ: الخِلَافُ فِي مُطْلَقِ المُعْتَقَةِ، وَالوَضْعُ فِي مُعْتَقَةِ العَرَبِ وَقَعَ اتِّفَاقًا

يكون كفؤًا للعرب، ولهذا يجوز إبطال حرية العجم بالاسترقاق، بخلاف حرية العرب فكانت الحرية والنسب منهم ضعيفا.

قوله: (فإنهم) أي: العجم (ضيعوا أنسابهم) ولهذا كان تفاخرهم بالإسلام بعد الإسلام، وقبل الإسلام تفاخرهم بعمارة الدنيا وإليه أشار سلمان حين قيل: سلمان ابن مَنْ؟ فقال سلمان:

أبـي الإسـلامُ لا أَبَ لـي سِـواهُ إذا ... افْـتَـخَـروا بِـقَـيْـسٍ أو تَـمـيـمِ

فإذا ثبت ضعف النسب في جانب الأب كان هذا وما لو كان الأب عبدا سواء، وكذا لو كان الأب مولى موالاة؛ لأن ولاء الموالاة ضعيف لا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة، فوجوده كعدمه، ولهذا يقبل ولاء الموالاة الفسخ دون العتاقة.

قوله: (وقع اتفاقا) فإن قيل: قوله: (والنسب في حق العجم ضعيف) يؤذن بأنهما يرجحان ولاء العتاقة إذا كانت المعتقة معتقة العرب؛ لأن «**الوَلاء لحمةٌ كَلُحمَةِ النّسبِ**»(١)، والنسب في حق العرب قوي، فكذلك معتقهم يحكي حكاية النسب فكان قويا فيترجح حينئذ معتق العرب على العجم لا مطلق العتق.

---

(١) أخرجه الشافعي في "الأم" (٢/ ٧٢)، وابن حبان (١١/ ٣٢٦ رقم ٤٩٥٠)، والحاكم (٤/ ٣٤١ رقم ٧٩٩٠) من حديث ابن عمر ﷺ.

قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال البيهقي: وهذا اللفظ بهذا الإسناد غير محفوظ. . . . . ، وروي من أوجه أخر ضعيفة، وأصح ما روي فيه حديث هشام بن حسان، عن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ: «الوَلاءُ لُحمةٌ كلُحمةِ النّسبِ، لا يُباعُ، ولا يوهَبُ»، وهذا مرسل. "معرفة السنن" (٢٠٤٩٧)، وقال ابن حجر: وقال أبو بكر النيسابوري: هذا خطأ؛ لأن الثقات رووه عن عبد الله بن دينار بغير هذا اللفظ، وهذا اللفظ إنما هو رواية الحسن المرسلة. "تلخيص الحبير" (٤/ ٥١١).

(وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: نَبَطِيٌّ كَافِرٌ تَزَوَّجَ بِمُعْتَقَةٍ كَافِرَةٍ، ثُمَّ أَسْلَمَ النَّبَطِيُّ، وَوَالَى رَجُلًا، ثُمَّ وَلَدَتْ أَوْلَادًا. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ: مَوَالِيهِمْ مَوَالِي أُمِّهِمْ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: مَوَالِيهمْ مَوَالِي أَبِيهِمْ) لِأَنَّ الوَلَاءَ وَإِنْ كَانَ أَضْعَفَ فَهُوَ مِن جَانِبِ الأَبِ، فَصَارَ كَالمَوْلُودِ بَيْنَ وَاحِدٍ مِن المَوَالِي وَبَيْنَ العَرَبِيَّةِ. وَلَهُمَا: أَنَّ وَلَاءَ المُوَالَاةِ أَضْعَفُ حَتَّى يَقْبَلَ الفَسْخَ، وَوَلَاءُ العَتَاقَةِ لَا يَقْبَلُهُ، وَالضَّعِيفُ لَا يَظْهَرُ فِي مُقَابَلَةِ القَوِيِّ، وَإِنْ كَانَ الأَبَوَانِ مُعْتَقَيْنِ فَالنِّسْبَةُ إِلَى قَوْمِ الأَبِ لِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا، وَالتَّرْجِيحُ لِجَانِبِهِ لِشَبَهِهِ بِالنَّسَبِ أَوْ لِأَنَّ النُّصْرَةَ بِهِ أَكْثَرُ.

قَالَ: (وَوَلَاءُ العَتَاقَةِ تَعْصِيبٌ، وَهُوَ أَحَقُّ بِالمِيرَاثِ مِن العَمَّةِ وَالخَالَةِ) لِقَوْلِهِ

قلنا: الضعف والقوة فيما إذا كان في جانب الأب حتى لو كان الأب عربيا والأم معتقة إنسان، فالولاء لقوم الأب بالاتفاق، أما في جانب الأم فالقوة بمجرد كونها معتقة على نسب، ولهذا تظهر القوة في العتاقة، فإن من له أب في الحرية لا يكون كفؤًا لمن له أبوان في الحرية على ما مر في النكاح، أما في النسب ليس كذلك، فإن من له أب في الخلافة والإمارة يكون كفؤًا لمن له أبوان فيهما، فعلم أنهما [٢/ ٣٤٤/ب] ترجحا مجرد ولاء العتاقة، سواء كان مُعتَق العرب أو العجم على نسب العجم.

قوله: (**والترجيح لجانبه**) أي لجانب الأب (**لشبهه**) أي لشبهة الولاء بالنسب أو لأن النصر به أي بقوم الأب أكثر.

قوله: (**وولاء العتاقة تعصيب**) التعصيب: جعل إنسان عصبة، ومنه قولهم: والذكر يعصب الأنثى أي: يجعلها عصبة كذا في المُغرِب.

قوله: (هو) وفي بعض النسخ (وهو) أي: مولى العتاقة آخر العصبات ومقدم على ذوي الأرحام، وهو قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم.

وعن ابن مسعود يقدم ذوو الأرحام على مولى العتاقة.

وروي عن عمر وعلي مثله لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥].

عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلَّذِي اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ: «هُوَ أَخُوك وَمَوْلَاك، إنْ شَكَرَك فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وَشَرٌّ لَك، وَإِنْ كَفَرَك فَهُوَ خَيْرٌ لَك وَشَرٌّ لَهُ، وَلَوْ مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا كُنْت أَنْتَ عَصَبَتَهُ»، «وَوَرَّثَ ابْنَةَ حَمْزَةَ ﷺ عَلَى سَبِيلِ الْعُصُوبَةِ مَعَ قِيَامِ وَارِثٍ» وَإِذْ كَانَ عَصَبَةً تَقَدَّمَ عَلَى ذَوِي الْأَرْحَامِ، وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عَلِيٍّ ﷺ (فَإِنْ كَانَ لِلْمُعْتَقِ عَصَبَةٌ مِن النَّسَبِ، فَهُوَ أَوْلَى مِن الْمُعْتِقِ)، لِأَنَّ الْمُعْتِقَ آخِرُ الْعَصَبَاتِ، وَهَذَا لِأَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا» قَالُوا: الْمُرَادُ مِنْهُ وَارِثٌ هُوَ عَصَبَةٌ،

روي أنه عليه الصلاة والسلام قال للمُعتِق في مُعتَقه: «**إنْ ماتَ ولَمْ يَدَعْ وارِثًا كُنتَ أنتَ عَصَبَتَهُ**»[١] فقد شرط لتوريثه عدم الوارث وذو الأرحام ورثة، ولأنه عليه الصلاة والسلام قال «**الوَلاءُ لُحمَةٌ كلُحمَةِ النَّسَبِ**»[٢]، وما يشبه الشيء لا يزاحمه ولا يقدم عليه.

ولنا ما ذكر في الكتاب من حديث ابن حمزة ورواه ابن شداد وروى الحسن أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**المِيراثُ للعَصَبَةِ فإن لَمْ يكُنْ عصبةٌ فلِلْمَولَى**» ولأنه عصبة بالحديث فيكون مقدما على ذوي الأرحام كابن العم.

قوله: (**هو أخوك**) من حيث الدِّين قال تعالى: ﴿فَإِخْوَانُكُمْ فِي ٱلدِّينِۗ﴾ [التوبة: ١١].

(**فإن شكرك**) أي: بالمجازاة على ما صنعت إليه (**فهو خير له**)؛ لأنه يثاب بمقابلة شكره لأن شكر النعمة مندوب (**وشر لك**) لأنه يصل إليك بعض الجزاء في الدنيا فينتقص بقدره من ثوابك في الآخرة.

(**وإن كفرك فهو خير لك**) لأن ثواب عملك كله في الآخرة (**وشر له**) لأن كفران النعم مذموم قال عليه الصلاة والسلام: «**مَن لَمْ يَشكُرِ الناسَ لَمْ يَشكُرِ اللَّهِ**».

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ١٢٤ رقم ٢٩٠٥) من حديث ابن عباس ﷺ: أن رجلًا مات ولم يدع وارثًا إلا غلامًا له كان أعتقه، فقال رسول الله ﷺ: «هَلْ لَهُ أحدٌ؟» قالوا: لا، إلا غلامًا له كان أعتقه، فجعل رسول الله ﷺ ميراثه له.

(٢) تقدم تخريجه قريبًا.

بِدَلِيلِ الحَدِيثِ الثَّانِي فَتَأَخَّرَ عَنْ العَصَبَةِ دُونَ ذَوِي الأَرْحَامِ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ لِلْمُعْتَقِ عَصَبَةٌ مِن النَّسَبِ فَهُوَ أَوْلَى) لِمَا ذَكَرْنَا (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ مِن النَّسَبِ: فَمِيرَاثُهُ لِلْمُعْتَقِ) تَأْوِيلُهُ: إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ صَاحِبُ فَرْضٍ ذُو حَالٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ فَلَهُ البَاقِي بَعْدَ فَرْضٍ، لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ عَلَى مَا رَوَيْنَا، وَهَذَا لِأَنَّ العَصَبَةَ مَنْ يَكُونُ التَّنَاصُرُ بِهِ لِبَيْتِ النِّسْبَةِ وَبِالمَوَالِي الِانْتِصَارُ عَلَى مَا مَرَّ، وَالعَصَبَةُ تَأْخُذُ مَا بَقِيَ (فَإِنْ مَاتَ المَوْلَى ثُمَّ مَاتَ المُعْتَقُ: فَمِيرَاثُهُ لِبَنِي المَوْلَى دُونَ بَنَاتِهِ، وَلَيْسَ لِلنِّسَاءِ مِن الوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعْتَقْنَ، ....

قوله: (بدليل الحديث الثاني) وهو حديث ابنة حمزة.

قوله: (صاحب فرض ذو حال) يعني باقي الميراث بعد الفروض لمولى العتاقة؛ لأنه عصبة إذا لم يكن صاحب فرض.

(ذو حال) أي: سوى حال الفرض حتى لو كان الأب أو الجد مثلا فإن له حالًا سوى حال الفرض، وهي العصوبة فالمعتق لا يرث مع وجودهما بل الأب أو الجد يأخذ الباقي بعد فرضه.

وقوله: (على ما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «**وَلَوْ ماتَ ولَمْ يترُكْ وارِثًا كنتَ أنتَ عَصبَتَهُ**»[(١)] والمراد بالوارث وارث عصبة كما ذكرنا.

قوله: (دون بناته) أي: بنات المعتق حتى لو مات ولم يترك إلا بنتَ المُعتِق فميراثه لبيت المال لا لبنت المُعتِق في ظاهر الرواية.

ولكن بعض مشايخنا يفتون بدفع المال إليها في هذا الزمان؛ لعدم بيت المال وقصور احتياط القضاة، وبيت المال في زمن الصحابة والتابعين، ولهذا أفتوا بإعطاء المال للابن أو الابنة من الرضاع لا لبيت المال لعدمه، كما أفتوا -أصحاب الشافعي- بإرث ذوي الأرحام في هذا الزمان لعدم بيت المال كذا في الذخيرة والمصفى وفرائض الإفشنجي.

قوله: (ليس من الولاء للنساء إلا ما أعتقن) إلى آخره وقد بينا أن الولاء لا

---

(١) تقدم تخريجه قريبًا.

أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ، أَوْ كَاتَبْنَ أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ) بِهَذَا اللَّفْظِ وَرَدَ الحَدِيثُ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ وَفِي آخِرِهِ «أَوْ جَرَّ وَلَاءَ مُعْتَقِهِنَّ» وَصُورَةُ الجَرِّ قَدَّمْنَاهَا، وَلِأَنَّ ثُبُوتَ المَالِكِيَّةِ وَالقُوَّةِ فِي العِتْقِ مِن جِهَتِهَا فَيُنْسَبُ بِالوَلَاءِ إِلَيْهَا وَيُنْسَبُ إِلَيْهَا مَنْ يُنْسَبُ إِلَى مَوْلَاهَا، بِخِلَافِ النَّسَبِ، لِأَنَّ سَبَبَ النِّسْبَةِ فِيهِ الفِرَاشِ، وَصَاحِبُ الفِرَاشِ إِنَّمَا هُوَ الزَّوْجُ، وَالمَرْأَةُ مَمْلُوكَةٌ لَا مَالِكَةٌ، وَلَيْسَ حُكْمُ مِيرَاثِ المُعْتَقِ مَقْصُورًا عَلَى بَنِي المَوْلَى، بَلْ هُوَ لِعَصَبَتِهِ الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ، لِأَنَّ الوَلَاءَ لَا يُورَثُ وَيَخْلُفُهُ فِيهِ مَنْ تَكُونُ النُّصْرَةُ بِهِ، حَتَّى لَوْ تَرَكَ المَوْلَى أَبًا وَابْنًا فَالوَلَاءُ لِلِابْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، لِأَنَّهُ أَقْرَبُهُمَا عُصُوبَةً، وَكَذَلِكَ الوَلَاءُ لِلْجَدِّ دُونَ الأَخِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ فِي العُصُوبَةِ عِنْدَهُ. وَكَذَا الوَلَاءُ لِابْنِ المُعْتَقَةِ حَتَّى يَرِثَهُ دُونَ أَخِيهَا لِمَا ذَكَرْنَا،

يورث عند الجمهور إلا ما شذ شريح في أنه يرث ويعطى لبنت المعتق من ميراثه وهذا خلاف إجماع الصحابة ومن بعدهم.

قوله: (**فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد**) وبه قال الشافعي ومالك والثوري والشعبي والزهري وابن المسيب وعطاء والحسن والحكم وقتادة وأكثر الفقهاء.

وقال أبو يوسف وأحمد والنخعي والأوزاعي وشريح وإسحاق: للأب السدس والباقي للابن؛ لأن الأب عصبة كالابن، والابن والأب في القرب سواء، فيكون حكم الأب والابن سواء.

ولنا أن أقرب العصبة الابن ويقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق بالنسب فكذا بالولاء.

قوله: (**لأنه**) أي: الجد (**أقرب في العصوبة**) عند أبي حنيفة من الأخ، وهو قول أبي ثور.

وعند أبي يوسف وأحمد ومحمد: كلاهما سواء، وبه قال الشافعي في قول؛ لأنهما عصبتان، فيكون الولاء بينهما نصفين كالأخوين.

وعن مالك: أن المال للأخ، وهو لقول من الشافعي، وكذا روي عن زيد.

قوله: (**وكذا الولاء لابن المُعتِقَة دون أخيها**) وعليه [٢/ ٣٤٥/ أ] إجماع

إِلَّا أَنَّ عَقْلَ جِنَايَةِ الْمُعْتَقِ عَلَى أَخِيهَا، لِأَنَّهُ مِن قَوْمِ أَبِيهَا وَجِنَايَتُهُ كَجِنَايَتِهَا (وَلَوْ تَرَكَ الْمَوْلَى ابْنًا وَأَوْلَادَ ابْنٍ آخَرَ) مَعْنَاهُ: بَنِي ابْنٍ آخَرَ (فَمِيرَاثُ الْمُعْتَقِ لِلِابْنِ دُونَ بَنِي الِابْنِ، لِأَنَّ الوَلَاءَ لِلْكِبَرِ) هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عِدَّةٍ مِن الصَّحَابَةِ ﷺ مِنهُمْ عُمَرُ وَعَلِيٌّ وَابْنُ مَسْعُودٍ وَغَيْرُهُمْ ﷺ أَجْمَعِينَ، وَمَعْنَاهُ: الْقُرْبُ عَلَى مَا قَالُوا، وَالصُّلْبِيُّ أَقْرَبُ.

الصحابة والتابعين والفقهاء، وما روي عن علي: أن امرأة ماتت وخلفت ابنها وأخاها أو ابن أخيها أن ميراث مواليها لأخيها وابن أخيها دون ابنها، فقد رجع علي إلى قول الجماعة، يعني ماتت امرأة أعتقت عبدًا وتركت ابنا وأخاها ولا وارث له غيرهما فالميراث للابن؛ لأنه أقرب، وعقل جناية المعتق على أخيها دون ابنها؛ لما روي أن عليًّا والزبير بن العوام اختصما في موالي صفية بنت عبد المطلب، فقال عليٌّ: عمتي أنا أحق بهم وأعقل عنهم، وقال: الزبير هم موالي أمي وأنا أرثهم، فقضى عمر بالميراث للزبير وبالعقل على عليٍّ[(١)].

وروى أحمد بن حنبل بإسناده أن امرأة أعتقت عبدًا ثم توفيت وتركت ابنا وأخا ثم توفي مولاها من بعدها، فأتى أخو المرأة وابنها إلى رسول الله ﷺ في ميراثه فقال عليه الصلاة والسلام: «**ميراثُهُ لابنِ المَرأةِ**» فقال أخوها: يا رسول الله لو جنى جناية كانت عليَّ وميراثه لهذا، فقال عليه الصلاة والسلام: «**نَعَم**».

قوله: (لأن الولاء للكبر) أي: لأكبر أولاد المُعتِق، والمراد أقربهم منه نسبًا لا أكبرهم سنًّا، ألا ترى أن المُعتِق إذا مات وترك ابنين كبيرًا وصغيرًا ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفان؛ لاستوائهما في القرب إلى الميت من حيث النسب كذا ذكره شيخ الإسلام.

(هو المروي عن عدة من الصحابة) أي: أن الولاء لأقرب النسب وغيرهم مثل ابن عمر وأسامة بن زيد وأبي مسعود البدري، وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وابن نشيط والشافعي ومالك وأحمد والثوري وأبو إسحاق وأبو ثور وداود وأصحابنا.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٩/ ٣١٩ رقم ٢٨١٥٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ١٠٧ رقم ١٦٨١٦).

فَصْلٌ: في وَلَاءِ المُوَالاةِ

قَالَ: (وَإِذَا أَسْلَمَ رَجُلٌ، عَلَى يَدِ رَجُلٍ وَوَالَاهُ عَلَى أَنْ يَرِثُهُ وَيَعْقِلَ عَنْهُ، أَوْ

ولأن الولاء إنما يستحق بالعصوبة لا بالفرض فيستحقه أقرب العصبات إليه من حيث النسب لا الأكبر من حيث السن كولاية النكاح تستحق بالعصوبة فيستحقها الأقرب إلى المرأة من حيث النسب لا الأكبر من حيث السن.

فَصْلٌ فِي وَلَاءِ الْمُوَالَاةِ

وقَدَّمَ ولاء العَتاقة لأنه أقوى وغير قابل للنقل في جميع الأحوال، بخلاف ولاء الموالاة فإن للمولى أن ينتقل فيه قبل العقل، ولأن ولاء العتاقة مجمع عليه، وقد ذكرنا معنى الموالاة لغةً.

وتفسيره شرعًا: ما ذكره في الذخيرة أن يسلم الرجل على يد رجل فيقول للذي أسلم على يده أو لغيره: وَالَيْتُكَ على أني إن متُّ فميراثي لك، وإن حييتُ فعقلي عليكَ وعلى عاقلتِكَ، وقَبِلَ الآخَرُ.

ولا تثبت أحكامه بمجرد الإسلام بدون عقد الموالاة، ذكره في الذخيرة وجامع التمرتاشي.

وفي المبسوط: الإسلام على يده ليس بشرط لصحة العقد، وإنما ذكر على سبيل العادة، وكذا الإسلام على يده ليس بكافٍ لثبوت ولاء الموالاة عند أكثر أهل العلم إلا ما روي عن الروافض وأحمد في رواية.

وعن إبراهيم وإسحاق وعمر بن عبد العزيز وعمر بن الخطاب لما روى راشد بن سعد أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**مَنْ أسلمَ علَى يديهِ رجلٌ فهوَ مَولاه يَرِثُهُ**» وعن تميم الداري أنه قال: يا رسول الله، ما السُّنَّةُ في الرجل يُسلِم على يَدَي رجل من المسلمين؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «**هُوَ أولَى الناسِ بمَحياهُ ومماتِهِ**»(١) رواه أبو داود والترمذي وقال: لا أظنه متصلًا.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ١٢٧ رقم ٢٩١٨)، والترمذي (٣/ ٤٩٨ رقم ٢١١٢)، وابن ماجه (٣/ ٩١٩ رقم ٢٧٥٢) والنسائي في الكبرى (٦/ ١٣٣ رقم ٦٣٧٩) من حديث تميم الداري ﷺ.
قال الترمذي: هو عندي ليس بمتصل.

أَسْلَمَ عَلَى يَدِ غَيْرِهِ، وَوَالَاهُ: فَالوَلَاءُ صَحِيحٌ، وَعَقْلُهُ عَلَى مَوْلَاهُ، فَإِنْ مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ: فَمِيرَاثُهُ لِلْمَوْلَى) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: المُوَالَاةُ لَيْسَ بِشَيْءٍ، لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ حَقِّ بَيْتِ المَالِ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ فِي حَقِّ وَارِثٍ آخَرَ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ عِنْدَهُ الوَصِيَّةُ بِجَمِيعِ المَالِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُوصِي وَارِثٌ لِحَقِّ بَيْتِ المَالِ وَإِنَّمَا يَصِحُّ فِي الثُّلُثِ.

ولأنه أحياه بإخراجه من ظلمة الكفر؛ لأن الكفار كالموتى في حق المسلمين، فهو كما لو أحياه بالعتق، وعلى هذا زعمت الروافض أن الناس مولى علي وأولاده؛ فإن السيف بيده وأكثر الناس أسلموا من هيبته.

وفي المبسوط[1]: وهذا باطل لأنه تعالى هو الذي أحياه بالإسلام، ومن عرض عليه الإسلام إنما هو نائب عن الشرع فيكون هو كغيره في حق الله تعالى، وأين لهم هذا التحكيم! فإن عليًّا كان صغيرًا حين أسلم كبار الصحابة، بل أبو بكر وعمر كانا مُقدَّمَيْن عليه في أمور القتال، ولكن الروافض قوم بُهْتٌ، وبناء مذهبهم على الكذب، وما رَوَوْا من الأحاديث ضعيف، وقد رُوِيَ في حديث تميم الداري: أسلم على يد رجل ووالاه.

[٢/ ٣٤٥/ ب] قوله: **(وقال الشافعي: الموالاة ليس بشيء)** وبه قال مالك وأحمد، وهو قول الشعبي **(لأن فيه)** أي: التوريث بعقد الموالاة **(إبطال حق بيت المال)** وذلك لأن الإرث إما بالقرابة أو بالزوجية بالنص، أو بالعتق بالحديث، ولم يوجد منها، وعند عدم الوارث يكون لبيت المال، وفي عقدهما الموالاة إبطال حق بيت المال فكان تصرفا قصد به تغيير وضع الشرع فلا يصح، ولهذا لا يصح على الورثة فكذا على بيت المال؛ لأنه بمنزلة الورثة عند عدمهم.

(ولهذا لا تصح الوصية بكل المال عنده) أي: عند الشافعي **(وإن لم يكن للموصي وارث)** لما فيه إبطال حق بيت المال، وإنما تصح في الثلث، يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام: «**إِنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أعتَقَ**»[2]، فقد انحصر الولاء على العتق.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٨/ ٩٢).

(٢) أخرجه البخاري (١/ ٩٨ رقم ٤٥٦)، ومسلم (٢/ ١١٤١ رقم ١٥٠٤) من حديث عائشة ﵂.

وَلَنَا: قَوْله تَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣] وَالآيَةُ فِي المُوَالَاةِ. «وَسُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ رَجُلٍ أَسْلَمَ عَلَى يَدِ رَجُلٍ آخَرَ وَوَالَاهُ فَقَالَ: هُوَ أَحَقُّ النَّاسِ بِهِ مَحْيَاهُ وَمَمَاتَهُ» وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى العَقْلِ وَالإِرْثِ فِي الحَالَتَيْنِ هَاتَيْنِ، وَلِأَنَّ مَالَهُ حَقُّهُ فَيَصْرِفُهُ إِلَى حَيْثُ شَاءَ، وَالصَّرْفُ إِلَى بَيْتِ المَالِ ضَرُورَةُ عَدَمِ المُسْتَحِقِّ لَا أَنَّهُ مُسْتَحِقٌّ.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣] أي: من الميراث، والمراد به الموالاة وليس المراد بقوله: ﴿عَقَدَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ﴾(١) القسم بل المراد الصفقة؛ إذ المعتاد أن المتعاقدين يأخذ كل واحد منهما بيمين صاحبه إذا عاقده، ويحتمل أن المراد: عقدت أقسامكم أي: حالفتم؛ لأنهم كانوا يتحالفون على الولاء ويسمّون حليفا.

ولم ينسخ هذا النصيب بآية الميراث؛ لأن المولى لا يرث إلا بعد العصبة والرحم، فلا يقع بينهما تعارض ولا تناسخ، ولأن الإرث على الترتيب في الورثة إنما وجبت مراعاة لحق الميت؛ لأنه لا يدري أيهم أقرب، فتولى الله ذلك البيان بنفسه، وواجبه بالترتيب الذي ذكره في الفرائض حقًّا له، وإذا كان كذلك جاز أن يضاف إلى الميت حق البيان فيما لم يتولَّ الله بيانه، وهذا الولاء إثبات الموارثة من قبله بسبب كالوصية، فالشارع جعل الوصية سببًا للتوريث فهذا في معناها، ولهذا لم ينفذ إلا بعد عدم الورثة كما لا تنفذ الوصية بما زاد على الثلث؛ لفوت حق الورثة.

قوله: (وسئل رسول الله عليه الصلاة والسلام)، والسائل تميم الداري فإنه قال: سألت رسول الله، إلى آخره، على ما هو المذكور في الكتاب.

وعن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس أنهم قالوا بالتوريث بالموالاة ولم يُرْوَ عن غيرهم خلافه فحل محل الإجماع، وقولنا قول النخعي وحماد.

(والإرث في الحالتين) أي: محياه عقلا وفي مماته إرثا.

وقوله: (والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المُستَحِق) جواب عن قول

---

(١) (عاقَدَتْ) هكذا في الأصول، وهي قراءة ابن كثير وأبي عمرو ونافع وابن عامر، كما ذكر أبو علي الفارسي في "الحجة للقراء السبعة" (٣/ ١٥٦).

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ: فَهُوَ أَوْلَى مِنهُ، وَإِنْ كَانَتْ عَمَّةً أَوْ خَالَةً أَوْ غَيْرَهُمَا مِن ذَوِي الأَرْحَامِ) لِأَنَّ المُوَالَاةَ عَقْدُهُمَا فَلَا يَلْزَمُ غَيْرَهُمَا، وَذُو الرَّحِمِ وَارِثٌ، وَلَا بُدَّ مِن شَرْطِ الإِرْثِ وَالعَقْلِ كَمَا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ لِأَنَّهُ بِالِالتِزَامِ وَهُوَ بِالشَّرْطِ، وَمِن شَرْطِهِ أَنْ لَا يَكُونَ المَوْلَى مِن العَرَبِ، لِأَنَّ تَنَاصُرَهُمْ بِالقَبَائِلِ فَأَغْنَى عَنْ المُوَالَاةِ.

الشافعي أن فيه إبطال حق بيت المال يعني الصرف إلى بيت المال؛ لعدم المستحق لا لأنه مستحق.

قوله: (لأنه بالالتزام) أي: الإرث أو العقل بالالتزام فلا يصح بدونه، والالتزام يحصل بالشرط.

لولاء الموالاة شرائط منها: أن يشترط الميراث والعقل؛ لأن عقد الولاء يقع على ذلك فلا بد من ذكره ويتوارثان من الجانبين لأنه بالشرط بخلاف ولاء العتاقة، فإن الأعلى يرث من الأسفل دون العكس؛ لأن سببه الإحياء وذا يوجد من الأعلى في حق الأسفل ولا يوجد من الأسفل في حق الأعلى.

(ومن شرطه) أي: من شرط الولاء الموالاة أن لا يكون المولي من العرب؛ لأن العرب له نصرة بنسبته إلى قبيلة، وذا آكد من نصرة الموالاة؛ لأنه لا يلحقه الفسخ والإسلام على يده ليست بشرط، وكذا مجهول النسب عند البعض.

وذكر في التيسير في تفسيره في سورة النساء أن كونه مجهول النسب شرط، وهكذا ذكر في المحيط، ومن شرطه العقل حتى لو أسلم على يد صبي ووالاه فلا يصح؛ لأن الصبي ليس من أهل النصرة، وليس من أهل الالتزام أيضًا، وكذا لو والى رجل عبدًا لم يجز إلا أن يكون بإذن المولي؛ لأنه عقد التزام بالنصرة، والعبد لا يملكه بنفسه إلا بإذن سيده، وبالإذن لا يكون عقده كعقد مولاه.

ولو والى صبيًّا بإذن أبيه أو وصية يصح؛ لأن عبارته إذا كان يعقل معتبرة في العقود بإذن وليه فيصح عقد ولاية كالبيع، كذا في المبسوط[1].

---

(١) المبسوط للسرخسي (٨/ ٩٦).

قَالَ: (وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ بِوَلَائِهِ إِلَى غَيْرِهِ مَا لَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ) لِأَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ بِمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ، وَكَذَا لِلْأَعْلَى أَنْ يَتَبَرَّأَ عَنْ وَلَائِهِ لِعَدَمِ اللُّزُومِ، إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي هَذَا أَنْ يَكُونَ بِمَحْضَرٍ مِن الآخَرِ كَمَا فِي عَزْلِ الوَكِيلِ قَصْدًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَقَدَ الأَسْفَلُ مَعَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِن الأَوَّلِ، لِأَنَّهُ فَسْخٌ حُكْمِيٌّ بِمَنْزِلَةِ العَزْلِ الحُكْمِيِّ فِي الوَكَالَةِ. قَالَ: (وَإِذَا عَقَلَ عَنْهُ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَحَوَّلَ بِوَلَائِهِ إِلَى غَيْرِهِ) ....

وفي ولاء المكاتب روايتان: في رواية يصح ويكون ولاؤه لمولاه، وفي رواية لا يصح؛ لأنه عبد ذكره في المحيط.

قوله: (إلا أنه يشترط في هذا) أي في فسخ عقد الموالاة.

قوله: (كما في عزل الوكيل) فإن عزل الوكيل بدون علمه يجوز ضمنا لا قصدا، فكذا عقد الولاء ينفسخ بدون العلم ضمنًا لا قصدًا، ولا يقال في عزل الوكيل [٢/٣٤٦/أ] قصدًا يتضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان نقد من مال الوكيل، وهاهنا لم يتضرر أحد؛ لأنه قبل أداء العقل لأنا نقول مجرد فسخ عقد انعقد بالتزامه ضرر في حقه وهو التزام الفسخ في حقه فلا يكون إلا بمحضره، فكان نظير خطاب الشرع، فإنه لا يظهر حكمه في حق من لا يعلم، كذا في المبسوط.

ولأن في فسخ أحدهما بغير علم الآخر إضرارًا بصاحبه، أما إذا الفسخ من الأسفل فلأنه ربما يموت فيحسب الأعلى أن ماله صار ميراثا له فيتصرف فيه فيصير مضمونا عليه.

وإذا كان الفسخ من الأعلى فلأن الأسفل ربما يعتق عبيدًا على حِسبان أن عقل عبيده على مولاه، ولو صح فسخ الأعلى يجب العقل على الأسفل بدون علمه فيتضرر، كذا في الذخيرة.

قوله: (لأنه) أي: عقد الأسفل مع غيره فسخ حكمي؛ لأن انتقاض العقد في حق الأول ضرورة صحة العقد مع الثاني، فصار كالعزل الحكمي في الوكالة وإنما تجعل صحة العقد مع الثاني فسخًا للعقد الأول ضرورة؛ لأن الولاء كالنسب والنسب إذا ثبت من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذا الولاء، كذا في المبسوط.

لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الغَيْرِ، وَلِأَنَّهُ قَضَى بِهِ القَاضِي، وَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ عِوَضٍ نَالَهُ كَالعِوَضِ فِي الهِبَةِ، وَكَذَا لَا يَتَحَوَّلُ وَلَدُهُ، وَكَذَا إِذَا عَقَلَ عَنْ وَلَدِهِ لَمْ يَكُنْ لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَنْ يَتَحَوَّلَ، لِأَنَّهُمْ فِي حَقِّ الوَلَاءِ كَشَخْصٍ وَاحِدٍ.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِمَوْلَى العَتَاقَةِ أَنْ يُوَالِيَ أَحَدًا) لِأَنَّهُ لَازِمٌ، وَمَعَ بَقَائِهِ لَا يَظْهَرُ الأَدْنَى.

قوله: (وكذا لا يتحول ولده) أي: بعد الكبر إلى غيره لأن ولاء الأب تأكد بفعل الجناية فتأكد البيع بتأكد الأصل، فكما ليس للأب أن يتحول بعدما عقل فكذا ليس لولده ذلك إذا كبر كذا في المبسوط.

قوله: (لأنه لازم) أي: ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض؛ لأن سببه العتق، وهو لا يحتمل النقض بعد ثبوته كالنسب، وإذا لم يبطل فلا يفيد عقد الموالاة؛ لأن الموالاة أدنى فلا يظهر مع الأقوى، ألا ترى أن ولاء العتاقة والموالاة إذا كانا في شخصين يقدم ولاء العتاقة في الإرث؟ فدل أنه لا حكم له مع وجود ولاء العتاقة.

ولو والت امرأة رجلا فولدت ولدا لا يعرف أبوه يدخل الولد في ولائها تبعا، وكذا إن أقرت أنها مولاة فلان وفي يدها طفل لا يعرف أبوه، وهذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يثبت ولاء ولدها من مولاها في الصورتين؛ لأن الأم لا ولاية لها في ماله ففي نفسه أولى، وله أن الولاء كالنسب، وهو نفع محض في حق الطفل الذي لم يُدْرَ أبوه فتملكه الأم كقبول الهبة.

وفي المحيط: والى ذمي مسلما أو ذميا جاز وهو مولاه، ولو أسلم على يد حربي ووالاه هل يصح؟ لم يذكره في الكتاب واختلفوا.

قيل: يصح، وقيل: لا يصح.

رجل والى رجلا ثم ولد له ولدا من امرأة والت آخر فولاء الولد لمولى الأب، وكذا إن والت وهي حبلى بخلاف ما أعتقت وهي حبلى فولاء الولد لقوم أمه كما ذكرنا والله اعلم.

كِتَابُ الإِكْرَاهِ

كِتَابُ الإِكْرَاهِ

قيل: عقب الولاء بالإكراه لمناسبة أن الإكراه لا يؤثر في سببه وهو العتق، أو لأنه لما عقب ولاء العتاقة بالموالاة لقوته شرع في الإكراه؛ لمناسبة بينهما، وهو أن الموالاة عقد يغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل، والإكراه يغير حال المخاطب وهو المكره من حرمة المباشرة إلى حلها في عامة المواضع.

ثم المراد من بيان الإكراه والغصب والجنايات بيان أحكامها إذا وقعت، ومحاسن حكم الإكراه ظاهرة؛ إذ فيه تبين غاية رأفة الله تعالى على عباده، حيث لا يؤاخذه بسبب الإكراه الصادر من غيره، ولهذا جعل مباشرة ما أكره عليه من الحل الأصلي في بعض المواضع حتى يأثم بتركه وإن كانت من المحظورات.

ثم الإكراه لغة: مصدر أكرهه، إذا حمله على أمر يكرهه ولا يريده، والكره بالفتح اسم صفة.

وشرعا: اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه ثم يفسد به اختياره إن كان ملجئا، وإلا لا يفسد فلا تزول به أهلية المكره ولا يسقط عنه الخطاب؛ لما أنه مبتلى، ألا ترى أنه متردد بين فرض وحظر وإباحة ورخصة، ويأثم مرة ويجبر أخرى، والابتلاء يحقق الخطاب، كذا في المبسوط.

وفي الإيضاح: هو فعل يؤخذ من [٢/٣٤٦/ب] المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا إلى الفعل الذي طلب منه.

وفي الوافي: هو عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضا.

قَالَ: (الإِكْرَاهُ يَثْبُتُ حُكْمُهُ إِذَا حَصَلَ مِمَّنْ يَقْدِرُ عَلَى إِيقَاعِ مَا تَوَعَّدَ بِهِ سُلْطَانًا كَانَ أَوْ لِصًّا) لِأَنَّ الإِكْرَاهَ: اسْمٌ لِفِعْلٍ يَفْعَلُهُ الْمَرْءُ بِغَيْرِهِ، فَيَنْتَفِي بِهِ رِضَاهُ، أَوْ يَفْسُدُ بِهِ اخْتِيَارُهُ مَعَ بَقَاءِ أَهْلِيَّتِهِ، وَهَذَا إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ إِذَا خَافَ الْمُكْرَهُ تَحْقِيقَ مَا تَوَعَّدَ بِهِ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ مِن الْقَادِرِ وَالسُّلْطَانِ وَغَيْرِهِ سِيَّانِ عِنْدَ تَحَقُّقِ الْقُدْرَةِ، وَالَّذِي قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ: إِنَّ الإِكْرَاهَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا مِن السُّلْطَانِ، لِمَا أَنَّ الْمَنَعَةَ لَهُ، وَالْقُدْرَةُ لَا تَتَحَقَّقُ بِدُونِ الْمَنَعَةِ.

فَقَدْ قَالُوا: هَذَا اخْتِلَافُ عَصْرٍ وَزَمَانٍ لَا اخْتِلَافُ حُجَّةٍ وَبُرْهَانٍ، وَلَمْ تَكُنْ

وشرطه: قدرة المكره على تحقيق ما هدد به سلطانا كان أو لصا، والذي قال أبو حنيفة: إنه لا يتحقق إلا من السلطان؛ لأن القدرة له لمنعته فقد قالوا إلى آخر ما ذكر في الكتاب.

وشرطه: خوف المكره أيضًا كما ذكر في المتن.

قيل: قد ابتلي محمد بتصنيف هذا الكتاب، فإن ابن سماعة حكى أنه لما صنف هذا الكتاب سعى بعض حساده عند الخليفة، وقال: إنه صنف كتابا وسماك لصًّا، فاغتاظ الخليفة وأمر بإحضاره، فأتاه الشخص وأنا معه، فأدخله على الوزير أولًا في حجرته فعاتبه الوزير في ذلك وأنكر محمد أصلًا.

فلما علمت السبب أسرعت الرجوع إلى بيت محمد وتسورت على حائط بعض الجيران؛ لأنهم كانوا سمروا على بابه، فدخلت داره ففتشت حتى وجدت كتاب الإكراه، فألقيته في جب الدار؛ لأن الشُّرَطَ أحاطوا بالدار قبل خروجي منها فلم يُمْكِنِّي أن أخرج، فاختفيت في موضع حتى دخلوا وحملوا كتبه إلى دار الخليفة بأمر الوزير، ففتشوه ولم يجدوا شيئًا مما ذكره الساعي، فندم الخليفة واعتذر إليه ورده بجميل، فلما كان بعد أيام أراد محمد أن يعيد تصنيف الكتاب فلم يجبه خاطره إلى مراده، فجعل يتأسف على ما فاته من هذا الكتاب، ثم أمر بعض وكلائه أن يأتي بعامل ينقي البئر؛ لأن ماءها قد تغير، فلما نزل العامل في البئر وجد الكتاب على آجُرَّةٍ أو حَجَرٍ نَتَأَ من طَيِّ البئر فسُرَّ محمد بذلك، وكان يخفي الكتاب زمانًا ثم أظهره بعدُ، فَعُدَّ هذا من مناقب محمد.

قوله: (توعَّد به) أي: خوَّفهُ، كذا في الديوان.

القُدْرَةُ فِي زَمَنِهِ إِلَّا لِلسُّلْطَانِ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ تَغَيَّرَ الزَّمَانُ وَأَهْلُهُ، ثُمَّ كَمَا تُشْتَرَطُ قُدْرَةُ المُكْرِهِ لِتَحَقُّقِ الإِكْرَاهِ يُشْتَرَطُ خَوْفُ المُكْرَهِ وُقُوعَ مَا يُهَدَّدُ بِهِ، وَذَلِكَ بِأَنْ يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ يَفْعَلُهُ لِيَصِيرَ بِهِ مَحْمُولًا عَلَى مَا دُعِيَ إِلَيْهِ مِن الفِعْلِ.

قَالَ: (وَإِذَا أُكْرِهَ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ مَالِهِ، أَوْ عَلَى شِرَاءِ سِلْعَةٍ، أَوْ عَلَى أَنْ يُقِرَّ لِرَجُلٍ بِأَلْفٍ، أَوْ يُؤَاجِرَ دَاره: فَأُكْرِهَ عَلَى ذَلِكَ بِالقَتْلِ، أَوْ بِالضَّرْبِ الشَّدِيدِ، أَوْ بِالحَبْسِ فَبَاعَ، أَوْ اشْتَرَى، فَهُوَ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَمْضَى البَيْعَ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَهُ، وَرَجَعَ بِالمَبِيعِ) لِأَنَّ مِن شَرْطِ صِحَّةِ هَذِهِ العُقُودِ التَّرَاضِي، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وَالإِكْرَاهُ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ يُعْدِمُ الرِّضَا فَيَفْسُدُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أُكْرِهَ بِضَرْبِ سَوْطٍ، أَوْ حَبْسِ يَوْمٍ، أَوْ قَيْدِ يَوْمٍ، لِأَنَّهُ لَا يُبَالِي بِهِ بِالنَّظَرِ إِلَى العَادَةِ فَلَا يَتَحَقَّقُ بِهِ الإِكْرَاهُ، إِلَّا إِذَا كَانَ الرَّجُلُ صَاحِبَ مَنْصِبٍ يَعْلَمُ

قوله: (بالحبس) أي: بالحبس المديد، فإن حكم الحبس بيوم سيجيء، فباع واشترى فهو بالخيار.

اعلم أن تصرفات المكره كلها قولًا منعقدة عندنا، خلافًا لزفر والأئمة الثلاثة، إلا أن ما يحتمل الفسخ منه كالبيع والإجارة تفسخ، وما لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعتاق والنكاح والتدبير والاستيلاد والنذر فهو لازم عندنا خلافًا للأئمة الثلاثة.

قوله: (صاحب منصب) أي: ذا جاه يعلم أنه يستضر به كالقاضي وعظيم البلد، فإن مطلق القيد والحبس إكراه في حقه، حتى لو توعد به الاستخفاف، وهو رجل وجيه كان ذلك إكراها، وبه قال بعض أصحاب الشافعي ومالك وأحمد في رواية، وقال في رواية: الوعيد ليس بإكراه.

وعن شريح: القيد والوعيد إكراه، والضرب والشتم يختلف باختلاف أحوال الناس.

وفي المبسوط: والحد في الحبس الذي هو إكراه ما يجيء الاغتمام البين به، وفي الضرب ما يجد به الألم الشديد، ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم

أَنَّهُ يَسْتَضِرُّ بِهِ لِفَوَاتِ الرِّضَا، وَكَذَا الإِقْرَارُ حُجَّةٌ لِتَرَجُّحِ جَنبَةِ الصِّدْقِ فِيهِ عَلَى جَنبَةِ الكَذِبِ، وَعِنْدَ الإِكْرَاهِ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ يَكْذِبُ لِدَفْعِ المَضَرَّةِ، ثُمَّ إِذَا بَاعَ مُكْرَهًا وَسَلَّمَ مُكْرَهًا يَثْبُتُ بِهِ المِلْكُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ زُفَرَ: لَا يَثْبُتُ لِأَنَّهُ بَيْعٌ مَوْقُوفٌ عَلَى الإِجَازَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَجَازَ جَازَ، وَالمَوْقُوفُ قَبْلَ الإِجَازَةِ لَا يُفِيدُ المِلْكَ، وَلَنَا: أَنَّ رُكْنَ البَيْعِ صَدَرَ مِن أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ، وَالفَسَادُ لِفَقْدِ شَرْطِهِ، وَهُوَ التَّرَاضِي فَصَارَ كَسَائِرِ الشُّرُوطِ المُفْسِدَةِ، ....

إذا رفع ذلك إليه فما رأى أنه إكراه أبطل إقراره به؛ لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس.

وفي الذخيرة: ضرب سوط وحبس يوم، حتى لو ضربه سوطا أو حبسه يوما يكون مكرها قياسا.

وفي الاستحسان: لا يكون، ويكون الإقرار طائعا، إذ الإنسان لا يلتزم ضرر ألف درهم بحبس يوم أو قيد يوم، فيرجح جانب الطواعية في هذه الصورة.

قال محمد: وليس في ذلك تقدير، بل ذلك على حسب ما يرى الإمام؛ لأن أحوال الناس في ذلك متفاوتة، فالشرفاء والأجلة من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط وحبس يوم أكثر مما يستنكف غيرهم عن ضرب أسواط.

ولهذا قال بعض مشايخنا: ما ذكر من الجواب في أوساط الناس وفي حق السوقة حتى لو كان من أشراف الناس لو عرك أذنه في مجلس السلطان يكون مكرها.

قوله: (**وعند زفر لا يثبت**) أي: الملك لأنه موقوف، وبيع الموقوف قبل الإجارة لا يفيد الملك كما لو باع بشرط الخيار وسلم إلى المشتري فإنه لا يمكنه القبض فكذا هاهنا، وكذا عند الأئمة الثلاثة، إلا أن عندهم لا يكون موقوفا بل باطلا.

قوله: (**إلا أنه لو أجاز جاز**) أي: البيع عند زفر أيضًا، وعند الأئمة [٢/ ٣٤٧/أ] الثلاثة لا؛ لأن البيع الباطل لا يتوقف عندهم على الإجازة.

قوله: (**كسائر الشروط المفسدة**) يعني الرضا شرط بالنص لصحة البيع، وقد

فَيَثْبُتُ المِلْكُ عِنْدَ القَبْضِ، حَتَّى لَوْ قَبَضَهُ وَأَعْتَقَهُ، أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ تَصَرُّفًا لَا يُمْكِنُ نَقْضُهُ، جَازَ، وَيَلْزَمُهُ القِيمَةُ ....

فات فكان انعدامه كانعدام المساواة في الأموال الربوية التي هي شرط جواز العقد، ويثبت الملك للمشتري بالقبض وهذا مثله.

فإن قيل: لو كان بمنزلة البيع الفاسد ينبغي أن لا يعود جائزا في الأحوال كلها، كما لو باع درهما بدرهمين وأشباهه، وهذا البيع يعود جائزا في أي وقت أجازه فكان نظير الموقوف لا نظير الفاسد.

قلنا: بيع المكره يشبه الموقوف من حيث إنه صدر بدون رضا المالك، ويشبه الفاسد من حيث عدم شرط جوازه، فلشبهه بالموقوف يعود جائزا في أي وقت أجازه، ومن حيث إنه يشبه الفاسد يفيد الملك بعد القبض عملا بالشبهين.

وإنما عملنا على هذا الوجه لأنا متى أظهرنا شبه الموقوف في حق المالك، ولم يوجب الملك بعد القبض لا يبقى لشبهه الفاسد عمل فيتعطل شبه الفاسد.

فإن قيل: بيع المكره دون البيع بشرط الخيار، إذ البائع هناك رضي بسببه دون وصفه وهو اللزوم، وهنا البائع غير راض بأصل السبب.

قلنا: البائع بشرط الخيار غير راض بالسبب في الحال؛ لأنه علقه بالشرط، والمعلق بالشرط معدوم قبله فلا يتم رضاه قبل الشرط فكان أضعف من بيع المكره؛ لأن المكره راض بالبيع لدفع الشر به عن نفسه، غير راض بحكم السبب، وهذا لأنه عرف الشرين واختار أهونهما فكان قاصدا مختارا لا لعينه بل لدفع الشر عن نفسه.

قوله: (**تصرفًا [لا يمكن]**[1] نقضه) كالتدبير والاستيلاد (**جاز**) أي: تصرف المشتري، وكذا الحكم في الهبة (**فيلزمه القيمة**) أي يلزم المشتري القيمة.

وفي الذخيرة: المالك بالخيار إن شاء ضَمَّن المكره قيمته يوم سلمه إلى المشتري والموهوب له، وإن شاء ضَمَّن المشتري والموهوب له.

وفي المبسوط والكافي: البيع بشرط الخيار يمنع ابتداء الحكم، فلا يمكن

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

كَمَا فِي سَائِرِ البِيَاعَاتِ الفَاسِدَةِ، وَبِإِجَازَةِ المَالِكِ يَرْتَفِعُ المُفْسِدُ وَهُوَ الإِكْرَاهُ وَعَدَمُ الرِّضَا فَيَجُوزُ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ اسْتِرْدَادِ البَائِعِ وَإِنْ تَدَاوَلَتْهُ الأَيْدِي وَلَمْ يَرْضَ البَائِعُ بِذَلِكَ بِخِلَافِ سَائِرِ البِيَاعَاتِ الفَاسِدَةِ، لِأَنَّ الفَسَادَ فِيهَا لِحَقِّ الشَّرْعِ وَقَدْ تَعَلَّقَ بِالبَيْعِ الثَّانِي حَقُّ العَبْدِ وَحَقُّهُ مُقَدَّمٌ لِحَاجَتِهِ، أَمَّا هَاهُنَا الرَّدُّ لِحَقِّ العَبْدِ وَهُمَا سَوَاءٌ فَلَا يَبْطُلُ حَقُّ الأَوَّلِ لِحَقِّ الثَّانِي.

قَالَ - رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ -: وَمَنْ جَعَلَ البَيْعَ الجَائِزَ المُعْتَادَ بَيْعًا فَاسِدًا

القول بإثبات الملك فيه، وهذا العقد وقع مطلقًا، وقضية مطلق العقد أن يثبت الملك إلا أنه لما كان فاسدا توقف على القبض.

وقوله: (فإنه ينفذ بالإجازة) قلنا: نفاذه باعتبار شرط المفسد، وهو عدم الرضا بسبب الإكراه، فإذا ارتفع بوجود الرضى نفذ العقد، ألا ترى أنه لو أجاز بيعا باشره غيره ينفذ؟ فإذا أجاز بيعا باشره بنفسه أولى، إلا أنه لا يقطع به حق استرداد البائع وإن تداولته الأيدي، ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البيوع الفاسدة فإنه لو اشترى شراء فاسدا بأجل أو خيار مجهول وباع من آخر لم يكن للبائع الأول حق النقض؛ لأن وجوب النقض ثَمَّ لِحَقِّ الشرع فإذا اشتراه غيره تعلق به حق المشتري، فقد اجتمع حَقّانِ: حقُّ الشرع وحقُّ العبد، فقدم حق العبد لحاجته وغِنَى الشرع.

فأما هاهنا فالرد لحق العبد وقد استويا فيه فلا يبطل حقُّ الأول لِحَقِّ الثاني.

وفي الذخيرة: البيع حصل بتسليط البائع الأول في البياعات الفاسدة، وهاهنا ما حصل بتسليط المكره.

قوله: (ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعًا فاسدًا) إلى آخره أراد به بيع الوفاء صورته أن يقول البائع للمشتري: بعت هذا منك بما لَكَ عليَّ من الدين على أني متى قضيت الدين فهو لي.

من المشايخ من جعله فاسدًا باعتبار شرط الفسخ في البيع يجعله كبيع المكره فيملكه إذا اتصل به القبض، وينقض بيع المشتري من غيره؛ لأن الفساد باعتبار فوت الرضا فصار كبيع المكره، وهكذا اتفق مشايخ زمانا وعليه الفتوى.

يَجْعَلُهُ كَبَيْعِ الْمُكْرَهِ، حَتَّى يَنْقَضِ بَيْعُ الْمُشْتَرِي مِن غَيْرِهِ، لِأَنَّ الفَسَادَ لِفَوَاتِ الرِّضَا، وَمِنهُمْ مَنْ جَعَلَهُ رَهْنًا لِقَصْدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ، وَمِنهُمْ مَنْ جَعَلَهُ بَاطِلًا اعْتِبَارًا بِالهَازِلِ، وَمَشَايِخُ سَمَرْقَنْدَ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: جَعَلُوهُ بَيْعًا جَائِزًا مُفِيدًا بَعْضَ الأَحْكَامِ عَلَى مَا

(ومنهم) أي: من المشايخ (من جعله) أي: بيع الوفاء (رهنًا) كالقاضي الإمام السيد الشجاع السمرقندي، والقاضي عَلِيّ السعدي، والقاضي الإمام الحسن الماتُرِيدي، وشيخ الإسلام عطاء بن حمزة وغيرهم باعتبار أن عرض العاقدين الرهن والاستيثاق بالدين، ولهذا يقول البائع لكل من تلقاه: قد رهنت ملكي عند فلان، والمشتري يقول: قد ارتهنت ملك فلان.

والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ كالكفالة [٢/ ٣٤٧/ ب] بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط عدم براءة الأصيل كفالة، فحينئذ لا يملكه ولا يباح الانتفاع به إلا بإذن المالك، وهو ضامن لما أكل من ثمره واستهلك من عينه، والدين ساقط بهلاكه في يده، وفيه وفاء بالدين اعتبارًا بالهازل، وثم إذا تواضعا بأصله ثم اتفقا على البناء فإن البيع منعقد؛ لأن الهازل مختار راضٍ بالمباشرة للسبب، لكنه غير راض ولا مختار لحكمه فكان كخيار الشرط مؤبدًا، فالعقد فاسد غير موجب للملك، ومشايخ سمرقند جعلوه بيعًا جائزًا.

قال الإمام نجم الدين النسفي: اتفق مشايخنا في هذا الزمان على صحته بيعًا، كان عليه بعض السلف؛ لأنهما تلفظا بلفظ البيع، والعبرة للملفوظ دون المقصود، كمن تزوج امرأة بقصد أن يطلقها بعدما جامعها صح العقد، يعني لم يكن متعة، كذا في الفصول للأَسْتَرَوْشَنِيّ.

وذكر في فتاوى قاضي خان، والإمام ظهير الدين: والصحيح أن العقد الذي جرى بينهما إن كان بلفظ البيع لا يكون رهنًا، ثم ينظر إن كان ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع، وإن لم يذكرا وتلفظا البيع بشرط الوفاء أو تلفظا بالبيع الجائز، وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك أي فاسد وإن ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على وجه الميعاد جاز البيع، ويلزم الوفاء بالميعاد؛ لأن المواعيد قد تكون لازمة فيجعل هذا الميعاد لازمًا لحاجة الناس.

قوله: (مفيدًا لبعض الأحكام) وهو الانتفاع، دون البعض وهو البيع.

هُوَ المُعْتَادُ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ، قَالَ: (فَإِنْ كَانَ قَبَضَ الثَّمَنَ طَوْعًا: فَقَدْ أَجَازَ البَيْعَ) لِأَنَّهُ دَلِيلُ الإِجَازَةِ كَمَا فِي البَيْعِ المَوْقُوفِ، وَكَذَا إِذَا سَلَّمَ طَائِعًا، بِأَنْ كَانَ الإِكْرَاهُ عَلَى البَيْعِ لَا عَلَى الدَّفْعِ، لِأَنَّهُ دَلِيلُ الإِجَازَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَكْرَهَهُ عَلَى الهِبَةِ وَلَمْ يَذْكُرْ الدَّفْعَ فَوَهَبَ وَدَفَعَ حَيْثُ يَكُونُ بَاطِلًا، لِأَنَّ مَقْصُودَ المُكْرِهِ الِاسْتِحْقَاقُ لَا مُجَرَّدَ اللَّفْظِ، وَذَلِكَ فِي الهِبَةِ بِالدَّفْعِ وَفِي البَيْعِ بِالعَقْدِ عَلَى مَا هُوَ الأَصْلُ، فَدَخَلَ الدَّفْعُ فِي الإِكْرَاهِ عَلَى الهِبَةِ دُونَ البَيْعِ. قَالَ: (وَإِنْ قَبَضَهُ مُكْرَهًا، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِإِجَازَةٍ، وَعَلَيْهِ رَدُّهُ إِنْ كَانَ قَائِمًا فِي يَدِهِ) لِفَسَادِ العَقْدِ.

قَالَ: (وَإِنْ هَلَكَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشْتَرِي، وَهُوَ غَيْرُ مُكْرَهٍ: ضَمِنَ قِيمَتَهُ لِلْبَائِعِ) مَعْنَاهُ: وَالبَائِعُ مُكْرَهٌ حُكْم، لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ بِحُكْمِ عَقْدٍ فَاسِدٍ (وَلِلْمُكْرِهِ أَنْ يُضَمِّنَ

قوله: **(حيث تكون الهبة باطلًا)** أي: فاسدًا فإنه ذكر في المبسوط: ثم بسبب الإكراه تفسد الهبة، ولكن الهبة الفاسدة توجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناءً على أصلنا أن فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض، فإذا أعتقها أو دبرها أو استولدها نفذ؛ لأنه في ملكه، وعليه ضمان قيمتها.

قوله: **(لأن مقصود الإكراه)** وفي بعض النسخ: (مقصود المكره) وهو الأصح ما يتعلق به الاستحقاق ليتضرر به المكره لا صورة العقد.

والأصل في البيع أن يتعلق الاستحقاق به من غير قبض، فلم يكن الإكراه على البيع إكراهًا على الإقباض، فكان الدفع عن اختيار منه، وهذا دليل الإجازة.

أما الهبة في أصل الوضع فلا يتعلق به الاستحقاق من غير قبض، فكان الإكراه على الهبة إكراهًا على الدفع، نظرًا إلى مقصود المكره، وهو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق، وإزالة الملك ليتضرر به، كذا في الإيضاح.

قوله: **(فإن قبضه)** أي الثمن **(مكرهًا)**.

(وعليه رده) أي: رد الثمن، **(إن كان قائمًا في يده)** لأن الثمن أمانة عند المكره؛ لأنه أخذه بإذن المشتري، والقبض متى كان بإذن المالك إنما يجب الضمان إذا قبضه للتملك، وهو لم يقبضه للتملك؛ لأنه كان مُكْرَهًا على قبضه، فكان أمانة. **(لأنه)** أي: المبيع مقبوض بحكم العقد الفاسد، فكان مضمونًا عليه بالقيمة.

الْمُكْرِهِ إنْ شَاءَ) لِأَنَّهُ آلَةٌ لَهُ فِيمَا يَرْجِعُ إلَى الإِتْلَافِ، فَكَأَنَّهُ دَفَعَ مَالَ الْبَائِعِ إلَى الْمُشْتَرِي فَيُضَمِّنُ أَيَّهُمَا شَاءَ كَالْغَاصِبِ وَغَاصِبِ الْغَاصِبِ، فَلَوْ ضَمِنَ الْمُكْرَهُ: رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْقِيمَةِ، لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْبَائِعِ، وَإِنْ ضَمِنَ الْمُشْتَرِي نَفَذَ كُلُّ شِرَاءٍ كَانَ بَعْدَ شِرَائِهِ لَوْ تَنَاسَخَتْهُ الْعُقُودُ، لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ، فَظَهَرَ أَنَّهُ بَاعَ مِلْكَهُ، وَلَا يَنْفُذُ مَا كَانَ لَهُ قَبْلَهُ، ....

قوله: (وللمُكْرَهِ) بفتح الراء (أن يضمن المُكْرِه) بكسر الراء.

(لأنه) أي: المكرَه (آلة له) أي: للمكرِه (فيما يرجع [إلى][1] الإتلاف)، وإن لم يصلح آلة له من حيث إنه كلام؛ لأن المتكلم بلسان الغير لا يصح.

(فكأنه) أي المكرَه (دفع مال البائع) بأداء الضمان؛ لأن المضمون يصير ملكًا للضامن وقت سبب الضمان.

(وإن ضمن المشتري) أي: من الغاصب، وفي الكافي: فإن ضمن أحد المشتريين.

(وقد تناسخته العقود) أي: تداولته نفذ كل شراء كان بعد شرائه.

(ولا ينفذ ما كان قبله) أي: قبل شراء المشتري، أو قبل الضمان فعاد الكل جائزًا؛ لأن إجازته إسقاط منه لِحَقِّهِ في استرداد المبيع، فأما المبيع من كل مشتر إنما كان في ملكه لنفسه، ولكن يوقف نفوذه على سقوط حق المكره في الفسخ، والإجازة سقط حقه فنفذ البيوع.

وبخلاف ما لو أجاز المالك في بيع الفضولي واحدًا من الأشربة، بحيث يجوز ما أجازه خاصة؛ لأنه باع كل واحد منهم ملك غيره، وقد صار لواحد منهم ملك بات بالإجازة فأبطل الملك الموقوف لغيره، وهنا كل واحد باع ملك نفسه إذ بيع المكره يفيد الملك عند [٢/٣٤٨/أ] القبض، والمانع من نفوذ الكل حق استرداد المالك، فإذا سقط حقه نفذ الكل، إليه أشار في المبسوط.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّ الِاسْتِنَادَ إِلَى وَقْتِ قَبْضِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَجَازَ المَالِكُ المُكْرَهَ عَقْدًا مِنهَا حَيْثُ يَجُوزُ مَا قَبْلَهُ وَمَا بَعْدَهُ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ، وَهُوَ المَانِعُ فَعَادَ الكُلُّ إِلَى الجَوَازِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ: [الْإِكْراهُ الوَاقِعُ في حُقُوقِ اللهِ]

(وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى أَنْ يَأْكُلَ المَيْتَةَ أَوْ يَشْرَبَ الخَمْرَ، إنْ أُكْرِهَ عَلَى ذَلِكَ بِحَبْسٍ أَوْ ضَرْبٍ أَوْ قَيْدٍ: لَمْ يَحِلَّ لَهُ ....

فَصْلٌ

لما ذكر حكم الإكراه في حقوق العباد شرع في بيان حكمه في حقوق الله تبارك وتعالى، وقَدَّمَ حقوق العباد لما أنَّ حق العبد مُقدَّم لحاجته.

قوله: (بضربٍ أو قَيْدٍ لَمْ يَحِلَّ له) أراد بالضرب الضربَ الخفيف الذي لا يخاف منه تلف نفس أو تلف عضو.

وفي المبسوط: كل ضرب لا يخاف منه تلف نفس أو عضو في أكثر الرأي لا يحل له؛ لأن غالب الرأي يقام مقام الحقيقة لا طريق إلى معرفته حقيقة.

وقد قال بعض العلماء في ذلك: أدنى الحد أربعين، حتى لو تهدد بأقل من أربعين منها لم يحل الإقدام على ذلك؛ لأن ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير، والتعزير يقام على وجه يكون زاجرًا لا متلفًا.

ولكنا نقول: نصيب المقدار بالرأي لا يكون، ولا نص في التقدير هاهنا، وأحوال الناس مختلفة بدهم الضرب[١]، فلا طريق سوى رجوع المكره إلى غالب رأيه، فإن وقع غالب رأيه أنه متلف نفسًا أو عضوًا يحل له الإقدام وإلا لا.

وفي الذخيرة: ولو هدد بضرب سوط أو سوطين فهو لا يعتبر، إلا أن يقول: لأضربنك على عينيك أو على المذاكير[٢].

---

(١) هكذا في الأصل، وفي المبسوط: (وأحوال الناس تختلف باختلاف تحمل أبدانهم للضرب، وخلافه).

(٢) المبسوط للسرخسي (٢٤/ ٤٩).

إِلَّا أَنْ يُكْرَهَ بِمَا يَخَافُ مِنهُ عَلَى نَفْسِهِ، أَوْ عَلَى عُضْوٍ مِن أَعْضَائِهِ، فَإِذَا خَافَ عَلَى ذَلِكَ وَسِعَهُ أَنْ يُقْدِمَ عَلَى مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ) وَكَذَا عَلَى هَذَا الدَّمُ وَلَحْمُ الخِنْزِيرِ، لِأَنَّ تَنَاوُلَ هَذِهِ المُحَرَّمَاتِ إِنَّمَا يُبَاحُ عِنْدَ الضَّرُورَةِ كَمَا فِي المَخْمَصَةِ، لِقِيَامِ المُحَرَّمِ فِيمَا وَرَاءَهَا، وَلَا ضَرُورَةَ إِلَّا إِذَا خَافَ عَلَى النَّفْسِ أَوْ عَلَى العُضْوِ، حَتَّى لَوْ خِيفَ عَلَى ذَلِكَ بِالضَّرْبِ وَغَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ يُبَاحُ لَهُ ذَلِكَ (وَلَا يَسَعُهُ أَنْ يَصْبِرَ عَلَى مَا تُوُعِّدَ بِهِ، فَإِنْ صَبَرَ حَتَّى أَوْقَعُوا بِهِ وَلَمْ يَأْكُلْ فَهُوَ آثِمٌ) لِأَنَّهُ لَمَّا أُبِيحَ كَانَ بِالِامْتِنَاعِ عَنْهُ مُعَاوِنًا لِغَيْرِهِ عَلَى هَلَاكِ نَفْسِهِ فَيَأْثَمُ كَمَا فِي حَالَةِ المَخْمَصَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يَأْثَمُ، لِأَنَّهُ رُخْصَةٌ، إِذْ الحُرْمَةُ قَائِمَةٌ فَكَانَ آخِذًا بِالعَزِيمَةِ. قُلْنَا: حَالَةُ الِاضْطِرَارِ مُسْتَثْنَاةٌ بِالنَّصِّ، وَهُوَ تَكَلُّمٌ بِالحَاصِلِ بَعْدَ الثُّنْيَا، فَلَا مُحَرَّمَ، فَكَانَ إِبَاحَةً لَا رُخْصَةً، إِلَّا أَنَّهُ

قوله: (إنما يباح عند الضرورة) فإنه تعالى استثنى حالة الضرورة من التحريم بقوله ﴿إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩] وقال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ﴾ [المائدة: ٣] وبإجماع العلماء الضرورة كما تتحقق بالمخمصة تتحقق بالإكراه.

قوله: (فهو آثم) أي: في ظاهر الرواية، وكذا هذا فيمن أصابته مخمصة، وبه قال الشافعي في الأصح، ومالك وأحمد في رواية.

قوله: وعن أُبَي أنه لا يحنث، وبه قال الشافعي في قول، وأحمد في رواية.

وكذا الخلاف فيمن أصابته مخمصة، وهذا الخلاف فيما إذا علم أنه يسعه تناول هذه الأشياء في هذه الحالة، أما إذا لم يعلم نرجو أن لا يأثم؛ لأنه قصد به التحرز عن ارتكاب المُحَرَّم بزعمه، ذكره في الذخيرة.

ويجيء في المتن: ثم الأصل عند أبي يوسف أن الإثم ينتفي عن المضطر، ولا تنكشف الحرمة بالضرورة، قال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة:١٧٣] وقال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة:٣] وهذا لأن الحرمة لصفة أنها ميتة أو خمر، وبالضرورة لا يزول ذلك، فإذا امتنع كان امتناعه من تناول الحرام فلا يأثم؛ لأنه تمسك بالعزيمة.

إِنَّمَا يَأْثَمُ إِذَا عَلِمَ بِالإِبَاحَةِ فِي هَذِهِ الحَالَةِ، لِأَنَّ فِي انْكِشَافِ الحُرْمَةِ خَفَاءً فَيُعْذَرُ بِالجَهْلِ فِيهِ كَالجَهْلِ بِالخِطَابِ فِي أَوَّلِ الإِسْلَامِ أَوْ فِي دَارِ الحَرْبِ..

قَالَ: (وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى الكُفْرِ بِاللَّهِ تَعَالَى - وَالعِيَاذُ بِاللَّهِ -، أَوْ سَبِّ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِقَيْدٍ، أَوْ حَبْسٍ، أَوْ ضَرْبٍ: لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِكْرَاهًا حَتَّى يُكْرَهَ بِأَمْرٍ يَخَافُ مِنهُ عَلَى نَفْسِهِ، أَوْ عَلَى عُضْوٍ مِن أَعْضَائِهِ) لِأَنَّ الإِكْرَاهَ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ لَيْسَ بِإِكْرَاهٍ فِي شُرْبِ الخَمْرِ لِمَا مَرَّ، فَفِي الكُفْرِ - وَحُرْمَتُهُ أَشَدُّ - أَوْلَى وَأَحْرَى. قَالَ:

وجه ظاهر الرواية: حرمة هذه الأشياء مقيدة بحالة الاختيار، فلا تثبت حالة الضرورة، وذلك لأنه تعالى قال ﴿فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام:١١٩] فقد استثنى حالة الضرورة عن التحريم، والاستثناء من التحريم إباحة، ويجعل الكلام عبارة عما وراء المستثنى، وقد كان مباحًا قبل التحريم، فبقي على ما كان في حالة الضرورة، فتثبت الإباحة حالة الضرورة.

فالامتناع من تناوله كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى مات فيأثم؛ لأنه ألقى نفسه في التهلكة.

وأما صفة الميتة والخمرية توجب الحرمة؛ لمعنى الرفق بالمتناول، وهو أن يمنعه من استعمال عقله بشرب الخمر ويصده عن ذلك.

وكذا في الميتة والخنزير؛ لما عرف أن للغذاء أثرًا في الحلق، وتعدي صفة الذميمة والرفق هاهنا في الإباحة؛ لأن إتلاف البعض أهون من إتلاف الكل، وفي الامتناع عن التناول إتلاف الكل، فتثبت الإباحة لهذا المعنى.

وكذا لو أوعده بقطع عضوه؛ لأن حرمة الأعضاء كحرمة النفس تبعًا لها، كذا في المبسوط.

قوله: (أحرى وأولى) أي: أولى أن لا يكون إكراهًا، وأما ما روى ابن مسعود أنه قال: "ما من كلام أتكلم به يدرأ عني ضربتين بسوط عند ذي سلطان إلا كنت متكلمًا به" فإنما هو منه على طريق بيان الرخصة فيما فيه الألم الشديد، وإن كان سوطين، فإما أن يقال: إن السوطين اللذَيْن لا يخاف منهما الثلاث موجب الرخصة في إجراء كلمة الكفر، فلا يظن ذلك بعبد الله، وإنما يحمل منه على سبيل المثل؛ لبيان الرخصة عند خوف التلف.

(وَإِذَا خَافَ عَلَى ذَلِكَ وَسِعَهُ أَنْ يُظْهِرَ مَا أَمَرُوهُ بِهِ وَيُوَرِّي، فَإِنْ أَظْهَرَ ذَلِكَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ) لِحَدِيثِ عَمَّارِ بْنِ يَاسِرٍ رضي الله عنه حَيْثُ ابْتُلِيَ بِهِ، وَقَدْ قَالَ لَهُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كَيْفَ وَجَدْت قَلْبَك؟ قَالَ مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: فَإِنْ عَادُوا فَعُدْ، وَفِيهِ نَزَلَ قَوْله تَعَالَى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦]» الآيَةَ.

وَلِأَنَّ بِهَذَا الإِظْهَارِ لَا يَفُوتُ الإِيمَانُ حَقِيقَةً لِقِيَامِ التَّصْدِيقِ، وَفِي الِامْتِنَاعِ فَوْتُ النَّفْسِ حَقِيقَةً فَيَسَعُهُ المَيْلُ إِلَيْهِ. قَالَ: (فَإِنْ صَبَرَ حَتَّى قُتِلَ وَلَمْ يُظْهِرْ الكُفْرَ: كَانَ مَأْجُورًا) لِأَنَّ «خُبَيْبًا رضي الله عنه صَبَرَ عَلَى ذَلِكَ حَتَّى صُلِبَ وَسَمَّاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سَيِّدَ

وقيل: [٢/ ٣٤٨/ب] السوطان في حقه كان يخاف منه التلف؛ لضعف بنيته، وقد كان بهذه الصفة وهو مشهور، كذا في المبسوط.

قوله: (يوري) التورية: أن يظهر خلاف ما يضمره.

وفي الحديث أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا أراد السفر وَرَّى بغيره(١).

وفي الصحاح: يقال وريت الخبر إذا سترته وأظهرت غيره.

وقوله عليه الصلاة والسلام: «**إِنْ عادُوا فَعُدْ**»(٢) أي: إن عادوا إلى الإكراه فَعُدْ إلى طمأنينة القلب لا إلى إجراء كلمة الكفر، إذ لا يجوز منه عليه الصلاة والسلام الأمر بإجراء كلمة الكفر، كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

وما قيل: فعد إلى ما كان منك من النيل مني، وذكر آلهتهم بخير فغلط؛ لما ذكرنا أنه لا يجوز له الأمر بالتكلم بكلمة الكفر.

قوله: (**لِأَنَّ خُبَيْبًا**) إلى آخره، وقصته أن المشركين أخذوه وباعوه من أهل مكة، فجعلوا يعاقبونه على أن يذكر آلهتهم بخير ويسب محمدًا، وهو يسب آلهتهم ويذكر محمدًا بخير حتى قتلوه، فقال عليه الصلاة والسلام: «**هُوَ رَفِيقِي**

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٤٨ رقم ٢٩٤٧)، ومسلم (٤/ ٢١٢٨ رقم ٢٧٦٩) من كعب بن مالك حديث رضي الله عنه.

(٢) أخرجه الحاكم (٢/ ٣٥٨ رقم ٣٣٦٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٢٠٨ رقم ١٧٣٥٠).
قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه.

الشُّهَدَاءِ، وَقَالَ فِي مِثْلِهِ هُوَ رَفِيقِي فِي الجَنَّةِ» وَلِأَنَّ الحُرْمَةَ بَاقِيَةٌ، وَالِامْتِنَاعُ لِإِعْزَازِ الدِّينِ عَزِيمَةٌ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِلِاسْتِثْنَاءِ.

قَالَ: (وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى إِتْلَافِ مَالِ مُسْلِمٍ، بِأَمْرٍ يَخَافُ عَلَى نَفْسِهِ، أَوْ عَلَى عُضْوٍ مِن أَعْضَائِهِ: وَسِعَهُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ) لِأَنَّ مَالَ الغَيْرِ يُسْتَبَاحُ لِلضَّرُورَةِ كَمَا فِي حَالَةِ المَخْمَصَةِ، وَقَدْ تَحَقَّقَتْ (وَلِصَاحِبِ المَالِ أَنْ يُضَمِّنَ المُكْرِهَ) لِأَنَّ المُكْرَهَ آلَةٌ لِلْمُكْرِهِ فِيمَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ، ....

فِي الجَنّةِ»[1] كذا في شرح الأقطع.

ويعرف بهذا أن المثل المذكور في الكتاب بقوله: (**وقال في مثله**) صلة أو عبارة عن الذات.

قوله: (**بخلاف ما تقدم**) إشارة إلى مسألة الإكراه بأكل الميتة وشرب الخمر.

فإن قيل: كما استثنى حالة الضرورة في الميتة استثنى في إجراء كلمة الكفر حالة الإكراه ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل:١٠٦] فينبغي أن يكون الإجراء مباحًا أيضًا.

قلنا: الاستثناء في قوله ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ﴾ استثناء من الغضب، فينتفي الغضب، ولا يلزم من انتفائه انتفاء الحرمة، فكان رخصة.

وفي الكشاف: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ﴾ [النحل:١٠٦] شرط مبتدأ وحذف جوابه؛ لأن جواب ﴿مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا﴾ دالٌّ عليه كأنه قيل: من كفر بالله فعليهم غضب إلا من أكره ﴿وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [النحل:١٠٦].

وفي التيسير: الآية على التقديم والتأخير، تقديره الكافرون بالله؛ لأن ﴿مَّن﴾ هاهنا للجمع؛ لأنه جنس فيحصل للجمع بعد إيمانهم به، الشارحون لقبول الكفر واعتقاده صدورًا ﴿فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ إلا من أكره على الكفر، فإنه لا يستحق غضب الله والعذاب العظيم.

قوله: (**فيما يصلح آلة له**) هذا احتراز عن الأكل والوطء، فإن المكره لا

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٦٧ رقم ٣٠٤٥) من أبي هريرة حديث رضي الله عنه.

وَالإِتْلَافُ مِن هَذَا القَبِيلِ (وَإِنْ أَكْرَهَهُ بِقَتْلِهِ عَلَى قَتْلِ غَيْرِهِ: لَمْ يَسَعْهُ أَنْ يُقْدِمَ عَلَيْهِ، وَيَصْبِرُ حَتَّى يُقْتَلَ، فَإِنْ قَتَلَهُ كَانَ آثِمًا) لِأَنَّ قَتْلَ المُسْلِمِ مِمَّا لَا يُسْتَبَاحُ لِضَرُورَةٍ مَا فَكَذَا بِهَذِهِ الضَّرُورَةِ.

قَالَ: (وَالقِصَاصُ عَلَى المُكْرِهِ إِنْ كَانَ القَتْلُ عَمْدًا) قَالَ ﷺ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي

يصلح آلة فيهما، إذ الأكل بفم الغير والتكلم بلسان الغير لا يتصور.

قوله: **(والإتلاف من هذا القبيل)** أي: من قبيل أن يصلح آلة، بأن يأخذه ويلقيه على مال الغير فيتلفه.

قوله: **(لأن قتل المسلم لا يستباح لضرورة ما)** إذ دليل الرخصة خوف التلف والمكرَه والمكرِه عليه في ذلك سواء، فسقط حق المكره في حق تناول دم المكره عليه؛ للتعارض، بخلاف ما إذا صبر على إتلاف مال الغير، فإن دليل الرخصة قائمة، وحرمة النفس فوق حرمة المال، فاستقام أن يجعل وقاية له، ولكن أخذ مال الغير وإتلافه ظلم، وعصمة صاحبه باقية فيه، فبقي حرامًا في نفسه؛ لبقاء دليله فيكون رخصة، إذ الرخصة ما يستباح مع قيام المحرم، فإذا صبر حتى قتل فقد بذل نفسه لدفع الظلم، ولإقامة حق محترم، فصار مثابًا شهيدًا، ولو أكره بالضرب والحبس لا يسعه ذلك؛ لأنه لا يوجب الإلجاء.

قوله: **(والقصاص على المُكرِه)** بكسر الراء أي: الآمر إن كان عمدًا، وهو قول أبي حنيفة، ومحمد، وبه قال الشافعي في قول.

وفي النهاية: سواء كان الآمر عاقلًا بالغًا، أو معتوهًا، أو غير بالغ، فالقود على الآمر، كذا في المبسوط في باب تعدي العاقل من الإكراه، وأورد سؤالًا فقال: فإن قيل: لو كان المكرِه بمنزلة الآلة للمباشر في القتل، والمكرَه المأمور آلة له، لوجب أن لا يجب القصاص على الآمر فيما إذا كان صبيًّا أو معتوهًا؛ لا انتقال فعل المكره إليه، لا يكون أقوى من مباشرته بنفسه، وفيما باشر الصبي العمد لا يجب القصاص على الآمر فيما إذا كان صبيًّا أو معتوهًا لا انتقال فعل المكرِه إليه لا يكون أقوى من مباشرته بنفسه وفيما باشر الصبيّ العمد لا يجب القصاص عليه.

وقد ذكر في المبسوط: أن القصاص يجب على الصبي إذا أمر غيره بالقتل،

حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ زُفَرُ: يَجِبُ عَلَى الْمُكْرَهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَجِبُ

كما نقلنا من المبسوط.

قلنا: لما انتقل فعل المأمور [٢/ ٣٤٩/ أ] إلى الآمر انتقل مع وصفه من العقل والبلوغ، فصار ذلك بمنزلة جناية الآمر بيد المأمور في أحكام القتل، فكذلك لم يعتبر عقل الآمر وبلوغه، بخلاف ما لو باشر بنفسه؛ لأنه لا واسطة هنا، فلا يوجد وصف العقل والبلوغ، إليه أشار في المبسوط.

قال شيخي العلامة مولانا علاء الدين عبد العزيز -رحمه الله-: ما نقله صاحب النهاية عن المبسوط سهو، فإنه ذكر في هذا الباب: إذا عرفنا هذا فنقول: سواء كان المكرَه عاقلًا بالغًا أو معتوهًا أو غلامًا غير بالغ، فالقود على المكرِه؛ لأن المكرَه صار كالآلة، والعقل والبلوغ غير معتبر في حق الآلة، وإنما المعتبر تحقق الإلجاء، فعلم أن قوله: سواء كان المكرَه بالغًا أو معتوهًا بفتح الراء لا بكسرها، والدليل الذي ذكره يتأدى عليه، فتوهمه الشارح بكسر الراء، وذلك غير سديد.

يؤيده ما قال أبو اليسر في مبسوطه: ولو كان المكرَه صبيًّا أو مجنونًا لا يجب القصاص على أحد؛ لأن القاتل في الحقيقة هذا الصبي، والمجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبة عليه.

وذكر الحلواني في مبسوطه: ولو كان المأمور مختلط العقل أو صبيًّا، يجب القصاص على المكرِه الآمر؛ لأن فعل القاتل ينتقل إليه، فيكون الصبي والبالغ في حقه سواء، فعلم بهذا أن إيجاب القصاص على الصبي الآمر سهو، وما ذكره من الفرق بين المباشر والآمر غير مسلم؛ لأن المنتقلَ الفعلُ، ووصفه من العمد والخطأ لا وصف القائل من العقل والبلوغ، ألا ترى أن المأمور لو كان صبيًّا أو معتوهًا لا ينتقل وصف الصبا والعته إليه حتى لا يجب القصاص على المكره احتيالًا للدرء في القصاص.

قوله: (وإليه أشار في المبسوط) سهو أيضًا؛ لأنه ذكر فيه عقيب تلك المسألة وإن كان الآمر غير بالغ، لكنه مطاع يتحقق منه الإكراه، أو كان مختلط العقل ولكنه يتحقق منه الإكراه، فإن الفعل يصير منسوبًا إليه، ويكون ذلك بمنزلة

عَلَيْهِمَا(*). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَيْهِمَا. لِزُفَرَ: أَنَّ الفِعْلَ مِن المُكْرَهِ حَقِيقَةً وَحِسًّا، وَقَرَّرَ الشَّرْعُ حُكْمَهُ عَلَيْهِ وَهُوَ الإِثْمُ، بِخِلَافِ الإِكْرَاهِ عَلَى إِتْلَافِ مَالِ الغَيْرِ، لِأَنَّهُ سَقَطَ حُكْمُهُ وَهُوَ الإِثْمُ فَأُضِيفَ إِلَى غَيْرِهِ، وَبِهَذَا يَتَمَسَّكُ الشَّافِعِيُّ فِي جَانِبِ المُكْرَهِ، وَيُوجِبُهُ عَلَى المُكْرِهِ أَيْضًا لِوُجُودِ التَّسْبِيبِ إِلَى القَتْلِ مِنهُ، وَلِلتَّسْبِيبِ فِي هَذَا حُكْمُ المُبَاشَرَةِ عِنْدَهُ كَمَا فِي شُهُودِ القِصَاصِ، ....

جنايته بيده في أحكام القتل، فالضميران يرجعان إلى الآمر الذي هو الصبي والمعتوه، فظن أن الضمير في (بيده) يرجع إلى المأمور، حيث قال فصار ذلك بمنزلة جناية الآمر بيد المأمور، وهو سهو بدليل ما ذكرنا بل معناه ويكون ذلك بمنزلة جنايته بنفسه.

قوله: (**وقال الشافعي: يجب عليهما**) وبه قال مالك، وأحمد، وزفر في رواية.

وعن زفر: أنه يجب على المكرَه المأمور فقط.

(**لزفر أن الفعل من المكره حقيقة**)، وهو ظاهر وعيان، فمن أنكر الحس لا يعبأ به، وكذا شرعا فإنه قرر عليه حكمه وهو الإثم بالإجماع، بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير كما ذكره في الكتاب، فإذا وجد الفعل منه حقيقة وحِسًّا وشرعًا يكون القصاص عليه، إذ القصاص يجب على القاتل.

(**وبهذا يتمسك الشافعي**) في وجوب القصاص (**على المكره**).

(منه) أي: من المكرِه الآمر حيث أحدث فيه معنى كان حاملا له على القتل.

(**وللتسبيب في هذا**) أي: في وجوب القصاص (**حكم المباشرة عنده**) أي عند الشافعي (**كما في شهود القصاص**) يعني لو شهدوا بالقتل العمد حتى اقتص القاتل، ثم رجع الشهود، أو جاء المشهود بقتله حيًّا، يقتل الشهود عند الشافعي.

وهذا لأن حكمة وجوب القصاص الزجر والردع، والقتل غالبًا يقع بإكراه

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

وَلِأَبِي يُوسُفَ، أَنَّ القَتْلَ بَقِيَ مَقْصُورًا عَلَى المُكْرَهِ مِن وَجْهٍ، نَظَرًا إِلَى التَّأْثِيمِ، وَأُضِيفَ إِلَى المُكْرِهِ مِن وَجْهٍ، نَظَرًا إِلَى الحَمْلِ، فَدَخَلَتْ الشُّبْهَةُ فِي كُلِّ جَانِبٍ. وَلَهُمَا: أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى القَتْلِ بِطَبْعِهِ إِيثَارًا لِحَيَاتِهِ، فَيَصِيرُ آلَةً لِلْمُكْرِهِ فِيمَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ، وَهُوَ القَتْلُ، بِأَنْ يُلْقِيهِ عَلَيْهِ وَلَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ فِي الجِنَايَةِ عَلَى دِينِهِ فَيَبْقَى الفِعْلُ مَقْصُورًا عَلَيْهِ فِي حَقِّ الإِثْمِ كَمَا نَقُولُ فِي الإِكْرَاهِ عَلَى الإِعْتَاقِ، ....

من المتغلبة والأكابر، فلم يوجب القصاص لانسد بابه في موضع تكون الحاجة إلى إيجابه ألزم.

قوله: (نظرا إلى التأثيم) فإن المكره القاتل يأثم بالإجماع.

قوله: (نظرا إلى الحمل) أي: حمل المكره عليه، وصار مدفوعا إلى القتل، ولأن المكرَه قاتل حقيقة لا حكما والمكره بالعكس، فتمكنت الشبهة في الجانبين فلا يجب القصاص.

قوله: (محمول على القتل بطبعه)؛ لأنه جبل على حب حياة نفسه وإيثارها على حياة غيره، فيفسد اختياره، فيلحق بالآلة التي لا اختيار لها، وينسب الفعل إلى من أفسد اختياره وحمله على هذا الفعل كالسيف يقطع بطبعه، والفعل منسوب إلى الضارب، فيكون المكرَهُ آلة كالسيف فيما يصلح آلة له وهو القتل، فلا يكون على المكره قصاص ولا دية ولا كفارة.

ألا ترى إلى قوله تعالى: [٢/٣٤٩/ب] ﴿يُذَبِّحُ أَبْنَآءَهُمْ﴾ [القصص: ٤] فقد نسب الذبح إلى اللعين، وما كان يباشره صورة ولكنه يأمر به، وأمره الإكراه، ولا يصلح آلة في الجناية على دينه؛ لأن القتل من حيث إنه موجب المأثم جناية على دين القاتل؛ لأنه إنما أكرهه ليجني عليه دينه، فلو أضيف إليه لصار جناية على دين المكره، وفيه بطلان الإكراه، فبقي العقل من حيث كونه جناية على دينه مقصورًا على المكره، ومن حيث الإتلاف منقولًا إلى المكره؛ لأنه يصلح آلة له كما في الإكراه على الإعتاق ينتقل الفعل إلى المُكرَه من حيث الإتلاف، حتى يجب الضمان على المُكرِه، ومن حيث الإعتاق بقي مقصورًا على المُكرَه حتى يكون الولاء له، وصار كإكراه المجوسي على ذبح شاة الغير، فإنه يصير آلة من حيث الإتلاف، ولم يصر آلة من حيث الزكاة حتى لا يحل تناوله.

وَفِي إِكْرَاهِ المَجُوسِيِّ عَلَى ذَبْحِ شَاةِ الغَيْرِ يَنْتَقِلُ الفِعْلُ إِلَى المُكْرَهِ فِي الإِتْلَافِ دُونَ الذَّكَاةِ حَتَّى يَحْرُمَ كَذَا هَذَا.

قَالَ: (وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَى طَلَاقِ امْرَأَتِهِ، أَوْ عِتْقِ عَبْدِهِ، فَفَعَلَ: وَقَعَ مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ عِنْدَنَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ. قَالَ: (وَيَرْجِعُ عَلَى الَّذِي أَكْرَهَهُ بِقِيمَةِ العَبْدِ) لِأَنَّهُ صَلَحَ آلَةً لَهُ فِيهِ مِن حَيْثُ الإِتْلَافُ فَيُضَافُ إِلَيْهِ، فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ مُوسِرًا

قوله: (في الكتاب وصار كإكراه المجوسي) من قبيل إضافة المصدر إلى المفعول؛ لأن المجوسي مُكرَه، وقد صرح به في الإيضاح، وهو كما لو أكره مجوسيًّا على ذبح شاة الغير.

فإن قيل: لو كان المأمور محمولًا على القتل بطبعه لإيثار حياته، ينبغي أن يسقط القصاص عمن أصابته مخمصة[1]، وقتل إنسانًا وأكل من لحمه حتى بقي حيًّا؛ لأنه مضطر في دفع الهلاك عن نفسه بقتل الغير كالمكره وحيث يجب القصاص فما الفرق؟

قلنا: هذا الذي تشبث به زفر، وإنما أسقطنا القصاص عن المُكْرَهِ؛ لأنه مُلْجَأٌ من جهة الغير، وصار آلة له، فأما المضطر غير مُلْجَأٍ إلى القتل من جهة غيره حتى صار بمنزلة الآلة، ولهذا يجب الضمان عليه في المال، فعلم أن حكم الفعل مقصور عليه في المخمصة.

قوله: (خلافا للشافعي) وبه قال مالك، وأحمد، وقد مر في فصل طلاق المُكرَهِ والسكران.

وفي فتاوى قاضي خان: أُكرِهَ بِوَعيدٍ لقتلٍ على الطلاق والعتاق فلم يفعل حتى قُتِلَ لا يأثم، كما لو أُكرِهَ على إتلاف مال نفسه فلم يُتلِفْ كان شهيدًا، فكذا في الامتناع عن إبطال ملك النكاح.

(فله أن يضمنه) أي: فلِلمُكْرَهِ المأمورِ أن يَضْمَنَ الأمر موسرًا كان أو مُعسِرًا؛ لأن وجوب الضمان باعتبار مباشرة الإتلاف، فيكون ضمان جبران، فلا يختلف باليسار والإعسار.

---

(١) في الأصل: (محضة)، والمثبت من النسخة الثانية.

كَانَ أَوْ مُعْسِرًا، وَلَا سِعَايَةَ عَلَى العَبْدِ، لِأَنَّ السِّعَايَةَ إِنَّمَا تَجِبُ لِلتَّخْرِيجِ إِلَى الحُرِّيَّةِ أَوْ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغَيْرِ، وَلَمْ يُوجَدْ وَاحِدٌ مِنهُمَا، وَلَا يَرْجِعُ المُكْرَهُ عَلَى العَبْدِ بِالضَّمَانِ لِأَنَّهُ مُؤَاخَذٌ بِإِتْلَافِهِ. قَالَ: (وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ مَهْرِ المَرْأَةِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي العَقْدِ مُسَمًّى: يَرْجِعُ عَلَى المُكْرَهِ بِمَا لَزِمَهُ مِن المُتْعَةِ) لِأَنَّ مَا عَلَيْهِ كَانَ عَلَى شَرَفِ السُّقُوطِ بِأَنْ جَاءَتْ الفُرْقَةُ مِن قِبَلِهَا، وَإِنَّمَا يَتَأَكَّدُ بِالطَّلَاقِ فَكَانَ إِتْلَافًا لِلْمَالِ مِن هَذَا الوَجْهِ فَيُضَافُ إِلَى المُكْرَهِ مِن حَيْثُ إِنَّهُ إِتْلَافٌ. بِخِلَافِ مَا إِذَا دَخَلَ بِهَا،

قوله: (لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية) كما هو مذهب أبي حنيفة، فإن المستسعى كالمكاتب عنده، أو لتعلق حق الغير كما هو مذهبهما؛ لأن السعاية عندهما لتعلق حق غير المعتق بالعبد، وهاهنا لو وجبت لوجبت لتعلق حق المعتق؛ لأنه لا حَقَّ هنا لغير المعتق، ولا نظير له في الشرع.

(لتعلق حق الغير) إشارة إلى عتق المريض عبده، وعتق الراهن عبده المرهون، فإنه تجب السعاية على العبد فيهما إن كان معسرًا؛ لتعلق حق الغير به

وفي الذخيرة: مسألة الإعتاق والطلاق على ثلاثة أوجه:

الأول: أن يقول المكره: خطر ببالي الإخبار بالحرية فيما مضى كاذبًا، وقد أردت ذلك لا الإنشاء بعتق العبد قضاءً لا ديانةً، ولا يضمن المكره شيئًا؛ لأنه عدل عما أكرهه، وعتق العبد بإقراره طائعًا.

والثاني: أن يقول خطر ببالي الإخبار كاذبًا، وتركت ذلك وأردت عتقًا مستقبلًا كما طلب مني، فعتق العبد حينئذٍ قضاء وديانة، وهو ظاهر، ويكون المكره ضامنًا؛ لعدم عدوله عما أكرهه.

والثالث: أن يقول لم يخطر ببالي شيء، وقد أتيت بما طُلِبَ مني.

فالجواب فيه كالجواب في الوجه الثاني، والجواب في الإكراه على الطلاق، وقد سمى لها مهرًا قبل الدخول، كالجواب في الإكراه على عتق العبد في الوقوع ورجوع الزوج على المكره، إلا في الطلاق الرجوع بنصف المهر، وفي الإعتاق بقيمة العبد.

قوله: (بخلاف ما إذا دخل بها) حيث لا يضمن المكره على الطلاق شيئًا،

لِأَنَّ المَهْرَ قَدْ تَقَرَّرَ بِالدُّخُولِ لَا بِالطَّلَاقِ.

(وَلَوْ أُكْرِهَ عَلَى التَّوْكِيلِ بِالطَّلَاقِ وَالعِتَاقِ، فَفَعَلَ الوَكِيلُ، جَازَ اسْتِحْسَانًا) لِأَنَّ الإِكْرَاهَ مُؤَثِّرٌ فِي فَسَادِ العَقْدِ، وَالوَكَالَةُ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، ....

كما في الرجوع عن الشهادة بالطلاق بعد الدخول، وبه قال مالك، وأحمد.

وعند الشافعي: يضمن مهر المثل كما في الشهادة؛ لأن ملك البضع مضمون بمهر المثل عند الإتلاف عنده، كما هو مضمون به عند دخوله في ملك النكاح.

وجوابه مذكور في الأصول.

وفي الكافي: أكرهه على إعتاق نصف عبده فأعتق كله، فهو مختار ولا شيء على المكره عند أبي حنيفة؛ لأن الإعتاق يتجزأ عنده.

وعندهما: يضمن المكره قيمة العبد؛ [٢/ ٣٥٠/أ] لأنه لا يتجزأ عندهما.

فالإكراه على إعتاق النصف إكراه على إعتاق الكل، ولو أكره أن يعتق كله فأعتق نصفه يضمن نصف قيمته عنده؛ لأنه أتى ببعض ما أكره عليه، فكان حكم الإكراه ثابتًا فيما أتى به.

وعندهما: يضمن الكل لأن إعتاق النصف إعتاق الكل.

قوله: (جاز استحسانًا) أي: يقع الطلاق والعتاق بفعل الوكيل.

وفي القياس: لا يقع، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأن القياس أن لا تصح الوكالة بالإكراه؛ لأن الأصل أن كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الإكراه، وما لا فلا؛ لأنهما يبغيان الرضى، والوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الإكراه.

قوله: (والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة) لأنها من الإسقاطات، إذ الموكل يسقط حقه بالتفويض إليه، فإذا لم تبطل الوكالة نفذ تصرف الوكيل، ثم يرجع المُكرَهُ على المُكرِهِ بقيمة العبد وبنصف المهر استحسانًا.

والقياس: أن لا يرجع عليه؛ لأن الإكراه وقع على التوكيل، وزوال الملك لا يثبت، إذ الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل، فلا يضاف الإتلاف عليه، كما لو شهدا بوكالة فلان بعتق عبده فأعتقه الوكيل ثم رجعا، فإنهما لا يضمنان فكذا هاهنا.

وَيَرْجِعُ عَلَى المُكْرِهِ اسْتِحْسَانًا، لِأَنَّ مَقْصُودَ المُكْرِهِ زَوَالُ مِلْكِهِ إِذَا بَاشَرَ الوَكِيلُ، وَالنَّذْرُ لَا يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهِ، لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ، وَلَا رُجُوعَ عَلَى المُكْرِهِ بِمَا لَزِمَهُ، لِأَنَّهُ لَا مُطَالِبَ لَهُ فِي الدُّنْيَا فَلَا يُطَالَبُ بِهِ فِيهَا، وَكَذَا اليَمِينُ، ....

وجه الاستحسان: أن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل، فكان الزوال مقصودًا؛ فيضمن، ولا ضمان على الوكيل؛ لأنه لم يوجد منه الإكراه.

قوله: (والنذر لا يعمل فيه الإكراه) حتى لو أكرهه بوعيد تلف على أن يوجب على نفسه صدقةً أو صلاةً أو صومًا أو حجًّا أو شيئًا يتقرب به إلى الله تعالى فنذر لزمه المنذور، وكذا لو أكرهه على اليمين بشيء من ذلك أو بغيره فحلف صح يمينه عندنا، خلافًا للأئمة الثلاثة.

(لأنه) أي: النذر لا يحتمل الفسخ؛ لأنه يمين لقوله عليه الصلاة والسلام «**النَّذرُ يَمينٌ**»[١]، واليمين لا يحتمل الفسخ، فلا يؤثر فيه الإكراه من حيث منع الصحة كالعتاق؛ لما أن أثر الكره في فوات الرضا وأثره في عدم اللزوم، فما لا يتأتى فيه الفسخ لا يتأتى فيه أكثر الإكراه، فلا يؤثر فيه الإكراه.

والأصل فيه حديث حذيفة أن المشركين لما أخذوه واستحلفوه على أن لا ينصر رسول الله ﷺ في غزوة فحلف مُكرَهًا، ثم أخبر به رسول الله ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام: «**أَوفِ لَهُم بِعَهْدِهم ونحنُ نَستعينُ باللهِ تَعالَى**»[٢] وقد بينا أن اليمين والطلاق والعتاق سواء في أن الهزل لا يؤثر والجِد فيه سواء، وهذا لأن فيه منع نفسه عن شيء أو إيجاب شيء على نفسه بحق الله تعالى، فيكون في معنى الطلاق والعتاق الذي تضمن تحريم الفرج حقًّا لله تعالى، فيستوي فيه الكره والطوع.

والنذر بمنزلة اليمين لما روينا، ولا يرجع على المكره بما يلزمه من ذلك؛ لأنه أوجب عليه حكما يطالب به في الآخرة، ولا يظهر أثره في الدنيا من حيث الإلزام، فلو أوجبنا عليه الضمان لأخذه الحاكم وحبسه فيه، فيكون زائدًا على

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ١٤٨ رقم ١٧٣٧٨) من حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه.
(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٤١ رقم ١٧٨٧).

وَالظِّهَارُ لَا يَعْمَلُ فِيهِمَا الإِكْرَاهُ لِعَدَمِ احْتِمَالِهِمَا الفَسْخَ، وَكَذَا الرَّجْعَةُ وَالإِيلَاءُ وَالفَيْءُ فِيهِ بِاللِّسَانِ، لِأَنَّهَا تَصِحُّ مَعَ الهَزْلِ، وَالخُلْعُ مِن جَانِبِهِ طَلَاقٌ، أَوْ يَمِينٌ، لَا يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهُ، فَلَوْ كَانَ ....

ما أوجبه، وهذا لا يجوز، كذا في المبسوط.

قوله: (**والظهار**) يعني لو أكرهَهُ أن يظاهر من امرأته كان مُظاهِرًا، ولا يَقرَبُها حتى يُكَفِّر؛ لأن الظهار من أسباب التحريم كالطلاق، فيستوي فيه الجِد والهزل والإكراه والطّوع، خلافًا للأئمة الثلاثة.

(**وكذا الرجعة**) لأنه استدامة للنكاح، فكانت ملحقة به.

(**وكذا الإيلاء**) لأنه يمين في المال، والإكراه لا يمنع كل واحد منهما.

(**وكذا الفيء منه**) أي: في الإيلاء باللسان؛ لأنه كالرجعة في الاستدامة (**لأنها**) أي: الرجعة والإيلاء والفيء (**يصح مع الهزل**) فلا يؤثر فيها الإكراه.

(**والخلع من جانبه**) أي: من جانب الزوج (**طلاق أو يمين**) فلا يؤثر فيه الهزل، فالإكراه يمنع وقوع الطلاق بغير بذل، فكذا بالجعل.

(**فلو كان**) أي: الزوج مُكرَهًا على الخلع، والمرأة غير مكرهة لزمها البدل؛ لأنها التزمته طائعة بإزاء ما سلم لها من البينونة.

وفي المبسوط: لو أكرهه على أن يُكَفِّرَ ظهاره أو غيره ففعل لم يرجع بذلك على المكره؛ لأنه أمره بالخروج عن عهده ما لزمه حبسه، وما أتلف عليه شيئًا بغير حق، ولو أكرهه على عتق عبد بعينه عن ظهاره ففعل عتق، وعلى المُكرِهِ قيمة؛ لأنه صار متلفًا عليه مالية العبد، إذ لم يكن عتق هذا العبد المعين مستحقًّا [٢/ ٣٥٠/ب] عليه، بل المستحق ما وجب في ذمته يؤمر بالخروج عنه فيما بينه وبين الله تعالى، وذلك في حق العين كالمعدوم، فيلزمه قيمته، ولا يجزئه عتقه عن كفارته؛ لأنه في معنى العتق بعوض.

ولو قال: أنا أُبْرِيه من القيمة حتى يجزئني من الكفارة لم يجز ذلك؛ لأن العتق نفذ غير مجزئ عن الكفارة، والموجود بعده إبراء عن الدين، وبالإبراء لا

هُوَ مُكْرَهًا عَلَى الخُلْعِ دُونَهَا لَزِمَهَا البَدَلُ لِرِضَاهَا بِالِالتِزَامِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَى الزِّنَا، وَجَبَ عَلَيْهِ الحَدُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، إِلَّا أَنْ يُكْرِهَهُ السُّلْطَانُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لَا يَلْزَمُهُ الحَدُّ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الحُدُودِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَكْرَهَهُ عَلَى الرِّدَّةِ: لَمْ تَبِنْ امْرَأَتُهُ مِنهُ) لِأَنَّ الرِّدَّةَ تَتَعَلَّقُ بِالِاعْتِقَادِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنًّا بِالإِيمَانِ لَا يَكْفُرُ، وَفِي اعْتِقَادِهِ الكُفْرَ شَكٌّ فَلَا تَثْبُتُ البَيْنُونَةُ بِالشَّكِّ، فَإِنْ قَالَتْ المَرْأَةُ قَدْ بِنْتُ مِنك، وَقَالَ هُوَ: قَدْ أَظْهَرْتُ ذَلِكَ وَقَلْبِي مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ اسْتِحْسَانًا، لِأَنَّ اللَّفْظَ غَيْرُ مَوْضُوعٍ لِلْفُرْقَةِ، وَهِيَ بِتَبَدُّلِ الِاعْتِقَادِ وَمَعَ الإِكْرَاهِ لَا يَدُلُّ عَلَى التَّبَدُّلِ، فَكَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ، بِخِلَافِ الإِكْرَاهِ عَلَى الإِسْلَامِ، حَيْثُ يَصِيرُ بِهِ مُسْلِمًا، لِأَنَّهُ لَمَّا احْتَمَلَ وَاحْتَمَلَ ....

تتأدى الكفارة، ولو قال: أريد به كفارة الظهار، ولم أعتقه لإكراهه، يجزئه عن الكفارة ولم يرجع على المُكرِه بشيء؛ لأنه أقر أنه أعتقه طائعًا.

قوله: (إلا أن يكرهه السلطان) أي: حينئذٍ لا حدَّ على المُكرَه، وقد مرت المسألة مع فروعها في كتاب الحدود.

قوله: (لأن الردة تتعلق بالاعتقاد) ألا ترى أنه لو نوى أن يَكْفُرَ يصيرُ كافرًا وإن لم يتكلم بالكفر، والإكراه دليل عدم تغيير الاعتقاد، فلم يحكم بالردة، فلم تَبِن امرأته منه، وهذا معنى قوله: **(وفي اعتقاده الكفر شك)** فلا تثبت البينونة بالشك، يعني الردة تعتمد محض الاعتقاد، وقد وقع الشك في اعتقاده الكفر، فلا تثبت الردة بالشك احتياطا.

قوله: (استحسانا) قيد به؛ لأن في القياس القول قولها حتى يفرق بينهما؛ لأن كلمة الكفر سبب لحصول البينونة كلفظ الطلاق، فيستوي فيه الطائع والمكره.

وجه الاستحسان: أن اللفظ غير موضوع للفرقة، بل تقع الفرقة بتغيير الاعتقاد، والإكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد، فكان الزوج منكرًا للفرقة، كذا في الإيضاح.

قوله: (لما احتمل واحتمل) يعني لو أكره الكافر على الإسلام يحكم

رَجَّحْنَا الإِسْلَامَ فِي الحَالَيْنِ، لِأَنَّهُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى، وَهَذَا بَيَانُ الحُكْمِ، أَمَّا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى إِذَا لَمْ يَعْتَقِدْهُ فَلَيْسَ بِمُسْلِمٍ، وَلَوْ أُكْرِهَ عَلَى الإِسْلَامِ حَتَّى حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ ثُمَّ رَجَعَ: لَمْ يُقْتَلْ لِتَمَكُّنِ الشُّبْهَةِ وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْقَتْلِ. وَلَوْ قَالَ الَّذِي أُكْرِهَ عَلَى إِجْرَاءِ كَلِمَةِ الكُفْرِ، أَخْبَرْتُ عَنْ أَمْرٍ مَاضٍ، ....

بإسلامه؛ لأنه وجد أحد الركنين، وفي الركن الثاني احتمال أي: احتمل الاعتقاد واحتمل عدم الاعتقاد.

(رجحنا الإسلام في الحالين) أي: في حالة إجراء كلمة الكفر بالإكراه وحالة الإكراه بالإسلام احتياطًا؛ (لأن الإسلام يعلو ولا يعلى).

(وهذا) أي الحكم بالإسلام (بيان الحكم) أما ديانة إذا لم يعتقد فليس بمسلم.

قوله: (لتمكن الشبهة) لاحتمال عدم الردة؛ لأن الردة تحصل بتبدل الاعتقاد، وهو محتمل أي الشبهة (دارئة للقتل).

قوله: (أخبرت عن أمر ماض) يعني خطر ببالي بقولي: كفرت بالله، أن أخبر عن أمر ماضٍ كذبًا، ولم أكن فعلت ذلك فيما مضى، بانت منه امرأته حكمًا لا ديانةً.

وفي المبسوط والذخيرة: هذه المسألة على ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن يقول: قد خطر ببالي أن أقول لهم: قد كفرت بالله، وأريد الخبر عما مضى كذبًا، بانت امرأته حكمًا؛ لأنه أقر أنه أتى بغير ما أكره، إذ هو أكره على إنشاء الكفر، وهو قد أتى بالإقرار به، وكان طائعًا في هذا الإقرار، ومن أقر بالكفر طائعًا بانت منه امرأته قضاءً لا ديانةً.

والثاني: أن يقول: خطر ببالي الإخبار عن الكفر بالماضي والكذب، ولكن لم أرد ذلك بل أردت كفرًا مستقبلًا جوابا لكلامهم، وهذا كافر تبين امرأته قضاءً وديانةً؛ لأنه لما خطر بباله قد تمكن من الخروج عما ابتلي به بأن ينوي ذلك، والضرورة تنعدم بهذا التمكن، فلم يفعل ذلك، وإنشاء الكفر كان بمنزلة إجراء كلمة الكفر طائعًا؛ فيحكم بكفره قضاءً وديانةً.

والثالث: أن يقول: لم يخطر ببالي شيء، ولكن كفرت بالله كفرًا مستقبلًا،

وَلَمْ أَكُنْ فَعَلْتُ، بَانَتْ مِنهُ حُكْمًا لَا دِيَانَةً. لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ طَائِعٌ بِإِتْيَانِ مَا لَمْ يُكْرَهْ عَلَيْهِ، وَحُكْمُ هَذَا الطَّائِعِ مَا ذَكَرْنَاهُ. وَلَوْ قَالَ أَرَدْت مَا طُلِبَ مِنِّي وَقَدْ خَطَرَ بِبَالِي الخَبَرُ عَمَّا مَضَى: بَانَتْ دِيَانَةً وَقَضَاءً، لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ مُبْتَدِئٌ بِالكُفْرِ هَازِلٌ بِهِ حَيْثُ عَلِمَ لِنَفْسِهِ مَخْلَصًا غَيْرَهُ.

وَعَلَى هَذَا: إِذَا أُكْرِهَ عَلَى الصَّلَاةِ لِلصَّلِيبِ، وَسَبِّ مُحَمَّدٍ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَفَعَلَ، وَقَالَ: نَوَيْت بِهِ الصَّلَاةَ لِلَّهِ تَعَالَى، وَمُحَمَّدًا آخَرَ غَيْرَ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: بَانَتْ مِنهُ قَضَاءً لَا دِيَانَةً، وَلَوْ صَلَّى لِلصَّلِيبِ، وَسَبَّ مُحَمَّدًا النَّبِيَّ

وقلبي مطمئن، لم تَبِن امرأته منه استحسانا؛ لأنه لمّا لم يخطر بباله سوى ما أكره، فقد فعل ما فعل مُضطرًّا مكرهًا، وهو مرخص في ذلك إذا كان قلبه مطمئنًّا بالإيمان.

قوله: (وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب) معناه أن يسجد له، أو أكره على سَبِّ محمد عليه الصلاة والسلام.

وهذه المسألة على ثلاثة أوجه أيضًا: ففي الوجهين لا يكفر قضاء وديانة إذا لم يظهر به، وفي وجه واحد يكفر مطلقًا، فإنه إذا لم يخطر بباله شيء لم تَبِنْ منه امرأته، وإن خطر بباله أن يصلي لله، وقد صلى لله لا للصليب، وهو الوجه الثاني لا يكفر أيضًا قضاء وديانة.

فإذا نوى أن يصلي لله وهو مستقبل القبلة أو غير مستقبل للقبلة ينبغي أن يقصد ذلك؛ لأن الصلاة غير مستقبل القبلة تجوز عند الضرورة، والأعمال بالنيات، فإن ترك هذا بعد ما خطر بباله وصلى للصليب كما أكره عليه كفر [٢/ ٣٥١/ أ] قضاء وديانة، وهو الوجه الثالث، وبانت منه امرأته؛ لأنه أمكنه دفع ما أكره عن نفسه؛ فإذا لم يفعل كان مختارًا للكفر.

وفي المبسوط: هذه المسألة تدل على السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر.

قوله: (وسب محمد عليه الصلاة والسلام) على ثلاثة أوجه، ويعلم بهذا أن

عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَقَدْ خَطَرَ بِبَالِهِ الصَّلَاةُ لِلَّهِ تَعَالَى وَسَبُّ غَيْرِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: بَانَتْ مِنهُ دِيَانَةً وَقَضَاءً لِمَا مَرَّ، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ زِيَادَةً عَلَى هَذَا فِي «كِفَايَةِ المُنْتَهَى»، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

قوله: (**بانت منه قضاء لا ديانة**) فأما إذا أظهر نيته وقال: نويت به الصلاة لله ومحمد آخر غير النبي؛ لأن القاضي لا يقبل نيته، وقد أتى بغير ما أمر به، فكان طائعًا ظاهرًا، ونيته باطنة فيقبل ديانة.

قوله: (لما أقر[١] إشارة إلى **قوله: (لأنه يبتدئ بالكفر هازلًا به، حيث علم لنفسه مخلصًا غيره)**[٢]؛ لأنه لما خطر بباله شتم محمدٍ النصراني فقد وجد مخرجًا عما ابتلي به، ثم لما ترك ما خطر بباله وشتم محمدًا النبي عليه الصلاة والسلام فقد كفر؛ لأنه غير مضطر في موافقة المكره، وشتم محمد بلا اضطرار كفر.

---

(١) كذا في الأصول الخطية: (أقر)، وتقدم في المتن: (لما مر).

(٢) انظر المتن ص ٤٧٨.

كتاب الحَجْرِ

قَالَ: (الأَسْبَابُ المُوجِبَةُ لِلْحَجْرِ ....

كِتَابُ الْحَجْرِ

أَوْرَدَ الحَجْرَ بعد الإكراه؛ لما أن فيهما سلبَ الاختيار، إلا أن الإكراه أقوى؛ لأن فيه سلبَهُ عَمَّنْ له اختيار صحيح وولاية كاملة، بخلاف الحجر فكان أحق بالتقديم[1].

ومحاسنُ الحجرِ: النظرُ والشفقة على المحجور، وقد يكون النظر والشفقة لغيره، ودفع الأذى عنه كما في حجر المديون والسفيه على قولهما، وحجر المريض عن التصرف في كل ماله، وحجر الراهن عن التصرف في الرهن، وحجر العبد لِحَقِّ المولى.

ثُمَّ الحَجْرُ لغةً: المنعُ، مصدر حَجَرَ عليه، ومنه سُمِّيَ الحَطِيمُ حِجْرًا؛ لأنه مُنِعَ من الكعبة، وسُمِّيَ العقلُ حِجْرًا؛ لأنه يمنعه عن القبائح، قال تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ﴾ [الفجر: ٥] أي: لذي عقل، وسُمِّيَ الحرامُ حِجْرًا؛ لأنه ممنوع، قال تعالى: ﴿حِجْرًا مَّحْجُورًا﴾ [الفرقان: ٢٢] أي: حرامًا مُحَرَّمًا.

وشرعًا: منع مخصوص، وهو المنع من التصرف قولًا لشخص مخصوص، وهو المستحق للحجر بأي سبب.

والحجر مشروع بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، قال تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ﴾ [النساء: ٦] وقال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: ٥] الآية.

قوله: (وأسباب الموجب الحجر)[2] إلى آخره، اعلم أن الله تعالى خَلَقَ

---

(١) في الأصل: (التقدير)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) كذا في الأصل، وفي النسخة الثانية (وأسباب الموجبة الحجر)، وتقدم في المتن: (الأسباب الموجبة للحجر).

ثَلَاثَةٌ: الصِّغَرُ، وَالرِّقُّ، وَالجُنُونُ، فَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُ الصَّغِيرِ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهِ، وَلَا تَصَرُّفُ العَبْدِ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَلَا تَصَرُّفُ المَجْنُونِ المَغْلُوبِ بِحَالٍ). أَمَّا الصَّغِيرُ: فَلِنُقْصَانِ عَقْلِهِ، غَيْرَ أَنَّ إِذْنَ الوَلِيِّ آيَةُ أَهْلِيَّتِهِ، وَالرِّقُّ لِرِعَايَةِ حَقِّ المَوْلَى كَيْ لَا يَتَعَطَّلَ مَنَافِعُ عَبْدِهِ. وَلَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ بِتَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِهِ، غَيْرَ أَنَّ المَوْلَى بِالإِذْنِ رَضِيَ بِفَوَاتِ حَقِّهِ، وَالجُنُونُ لَا تُجَامِعُهُ الأَهْلِيَّةُ فَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ بِحَالٍ، أَمَّا العَبْدُ: فَأَهْلٌ فِي نَفْسِهِ وَالصَّبِيُّ تُرْتَقَبُ أَهْلِيَّتُهُ فَلِهَذَا وَقَعَ الفَرْقُ. قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ مِن هَؤُلَاءِ شَيْئًا وَهُوَ يَعْقِلُ البَيْعَ وَيَقْصِدُهُ: فَالوَلِيُّ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَجَازَهُ إِذَا كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَهُ) لِأَنَّ التَّوَقُّفَ فِي العَبْدِ لِحَقِّ المَوْلَى فَيَتَخَيَّرُ فِيهِ، وَفِي الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ

الوَرَى ومَيَّزَ بينهم في الحجر، وجعل بعضَهم ذَوِي النُّهَى، ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى، وجعل بعضهم مُبتَلًى ببعض أسباب الردى، كالمجنون الذي هو عديم العقل، والمعتوه الذي هو ناقص العقل، والصبي، والرقيق؛ لأنه عجز حكمي، فأثبت الحجر على هؤلاء نظرًا فكان مصادر هذه الأسامي سببًا للحجر، وهذه الثلاثة سبب للحجر بإجماع العلماء، وفي أن السفه والفلس سبب الحجر اختلاف كما يجيء.

وحكي عن أبي حنيفة أنه ألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أُخَرَ وهي: المفتي الماجن، والمتطبب الجاهل، والمكاري المفلس.

قوله: (تصرف المجنون المغلوب) وهو الذي لا يفيق زمانًا (بحال) أي: في كل الأحوال أي: لا ينعقد أصلًا؛ لأنه عديم العقل؛ ويحترز به المجنون الذي يعقل البيع ويقصده، فإن تصرفه كتصرف الصبي العاقل على ما يجيء فيتوقف إلى إجازة الولي.

قوله: (ترتيب[1] أهليته) بضم التاء على بناء المفعول، ورفع أهليته أي: تنتظر أهليته.

قوله: (ومن باع من هؤلاء شيئًا) وفي بعض النسخ: (أو اشترى أيضًا) كما

---

(١) كذا في الأصول الخطية: وتقدم في المتن (تُرْتَقَبُ)، وهو أشبه.

نَظَرًا لَهُمَا، فَيَتَحَرَّى مَصْلَحَتَهُمَا فِيهِ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَعْقِلَا البَيْعَ لِيُوجَدَ رُكْنُ العَقْدِ فَيَنْعَقِدُ مَوْقُوفًا عَلَى الإِجَازَةِ، وَالمَجْنُونُ قَدْ يَعْقِلُ البَيْعَ وَيَقْصِدُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يُرَجِّحُ المَصْلَحَةَ عَلَى المَفْسَدَةِ وَهُوَ المَعْتُوهُ الَّذِي يَصْلُحُ وَكِيلًا عَنْ غَيْرِهِ كَمَا بَيَّنَّا فِي الوَكَالَةِ. فَإِنْ قِيلَ: التَّوَقُّفُ عِنْدَكُمْ فِي البَيْعِ. أَمَّا الشِّرَاءُ فَالأَصْلُ فِيهِ النَّفَاذُ عَلَى المُبَاشِرِ.

قُلْنَا: نَعَمْ إِذَا وَجَدَ نَفَاذًا عَلَيْهِ كَمَا فِي شِرَاءِ الفُضُولِيِّ، وَهَاهُنَا لَمْ نَجِدْ نَفَاذًا لِعَدَمِ الأَهْلِيَّةِ، أَوْ لِضَرَرِ المَوْلَى فَوَقَفْنَاهُ. قَالَ: (وَهَذِهِ المَعَانِي الثَّلَاثَةُ تُوجِبُ الحَجْرَ فِي الأَقْوَالِ دُونَ الأَفْعَالِ) لِأَنَّهُ لَا مَرَدَّ لَهَا لِوُجُودِهَا حِسًّا وَمُشَاهَدَةً، بِخِلَافِ الأَقْوَالِ، لِأَنَّ اعْتِبَارَهَا مَوْجُودَةً بِالشَّرْعِ وَالقَصْدُ مِن شَرْطِهِ ....

ذكر القدوري، لكن أكثر نسخ الهداية بدون (أو اشترى)، والمراد الصبي، والعبد، والمجنون الذي يجن ويفيق.

(وهو يعقل البيع) أو يعلم أن الشراء جالب للملك، والبيع سالب له (ويقصده) أي: يقصد البيع؛ لإفادة هذا الحكم الذي ذكرنا بكون الشراء جالبًا والبيع سالبًا، وهذا احتراز عن بيع الهازل، فإن بيعه ليس لإفادة هذا الحكم، فالولي وهو الأب أو الجد أو وصيهما أو غيرهما من العصبات أو القاضي، فهذا التصرف ينعقد عندنا، وينفذ بإجازة الولي، خلافًا للأئمة الثلاثة فإنه لا ينعقد عندهم، وكذا الخلاف إذا توكل بالبيع والشراء غيره، فباع واشترى يجوز عندنا خلافًا لهم، وقد مر في الوكالة.

قوله: (فَيَتَحَرَّى) أي: يطلب الولي مصلحتهما، (لأنه [لا][1] مرد لها) أي: للأفعال؛ لأن الإتلاف بعد حصوله لا يمكن أن يجعل كلا إتلافٍ، فإنه لو قطع أو قتل أو أراق شيئًا لا يمكن أن يجعل القطع والقتل والإراقة كالعدم؛ [٢/ ٣٥١/ ب] لأنه يلزم أن لا يكون المقتول مقتولًا وهو دخول في السفسطائية وإنكار الحقائق بخلاف الأقوال.

(لِأَنَّ اعتبارَها) أي: اعتبار الأقوال (موجودةً) بالنصب على الحال.

وقوله: (بالشرع) خَبَرُ (لِأَنَّ) يعني اعتبار أقوال هؤلاء بالشرع، والشرع لم

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(إِلَّا إِذَا كَانَ فِعْلًا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ كَالحُدُودِ وَالقِصَاصِ) فَيُجْعَلُ عَدَمُ القَصْدِ فِي ذَلِكَ شُبْهَةً فِي حَقِّ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ.

قَالَ: (وَالصَّبِيُّ وَالمَجْنُونُ لَا تَصِحُّ عُقُودُهُمَا وَلَا إِقْرَارُهُمَا) لِمَا بَيَّنَّا (وَلَا يَقَعُ طَلَاقُهُمَا وَلَا عِتَاقُهُمَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كُلُّ طَلَاقٍ وَاقِعٌ إِلَّا طَلَاقَ الصَّبِيِّ وَالمَعْتُوهِ» وَالإِعْتَاقُ يَتَمَحَّضُ مَضَرَّةً، وَلَا وُقُوفَ لِلصَّبِيِّ عَلَى المَصْلَحَةِ فِي الطَّلَاقِ بِحَالٍ لِعَدَمِ الشَّهْوَةِ، وَلَا وُقُوفَ لِلْوَلِيِّ عَلَى عَدَمِ التَّوَافُقِ عَلَى اعْتِبَارِ بُلُوغِهِ حَدَّ الشَّهْوَةِ، فَلِهَذَا لَا يَتَوَقَّفَانِ عَلَى إِجَازَتِهِ ....

يجعل أقوالهم فيما يتردد بين النفع والضرر معتبرة في حق النفاذ، وهذا لأن الأقوال إما إنشاءات أو إخبارات، فأما الإنشاءات كالتطليق، والإعتاق، والبيع، والهبة، ونحوها، لا تؤثر في المحل حسًّا، وإنما صار المحل محرمًا ومحررًا ومملوكًا بالشرع، وأما الإخبارات كالأقارير، والشهادات، فموجِبِيَّتُها عرفت شرعًا؛ لأنها دلالات عن المخبر عنه، فيجوز أن لا تقع دلالة لاحتماله الصدق والكذب بذاتها؛ لأن القصد شرط اعتبار القول؛ إذ الكلام المعتبر ما يكون موجودًا بصورته ومعناه.

ومعنى الكلام لا يوجد بالقصد، وهو يكون بالعقل، ولا عقل للصبي والمجنون، فلا يكون لهما قصدًا، أما اعتبار الفعل فلا يتوقف على القصد، كالنائم إذا انقلب على مال إنسان وأتلفه يضمن وإن عدم القصد.

وقوله: **(إلا إذا كان)** استثناء من قوله **(دون الأفعال)** أي: إلا إذا كان ذلك الفعل مما يتعلق به حكم يسقط بالشبهات كالحدود، والقصاص، فحينئذٍ يجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون، حتى لا يجب عليهما الحد بالزنا والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والقصاص بالقتل، أما في حق العبد فللزوم الضرر في حق المولى من غير اختياره، فلذا يتوقف على إجازته.

قوله: **(لا تصح عقودهما)** أي: لا تنفذ عندنا، ولكن تنعقد موقوفًا على إجازة الولي خلافًا للأئمة الثلاثة على ما مر.

قوله: **(لا يتوقفان)**(١) أي: الطلاق والعتاق **(على إجازته)** أي: إجازة الولي

---

(١) انظر المتن ص ٤٨٢.

وَلَا يَنْفُذَانِ بِمُبَاشَرَتِهِ، بِخِلَافِ سَائِرِ العُقُودِ. قَالَ: (وَإِنْ أَتْلَفَا شَيْئًا لَزِمَهُمَا ضَمَانُهُ) إِحْيَاءً لِحَقِّ المُتْلَفِ عَلَيْهِ، وَهَذَا لِأَنَّ كَوْنَ الإِتْلَافِ مُوجِبًا لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى القَصْدِ، كَالَّذِي يَتْلَفُ بِانْقِلَابِ النَّائِمِ عَلَيْهِ وَالحَائِطِ المَائِلِ بَعْدَ الإِشْهَادِ، بِخِلَافِ القَوْلِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (فَأَمَّا العَبْدُ: فَإِقْرَارُهُ نَافِذٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ) لِقِيَامِ أَهْلِيَّتِهِ (غَيْرُ نَافِذٍ فِي حَقِّ مَوْلَاهُ) رِعَايَةً لِجَانِبِهِ، لِأَنَّ نَفَاذَهُ لَا يَعْرَى عَنْ تَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ أَوْ كَسْبِهِ، وَكُلُّ ذَلِكَ إِتْلَافُ مَالِهِ.

قَالَ: (فَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ: لَزِمَهُ بَعْدَ الحُرِّيَّةِ) لِوُجُودِ الأَهْلِيَّةِ، وَزَوَالِ المَانِعِ وَلَمْ يَلْزَمْهُ فِي الحَالِ لِقِيَامِ المَانِعِ (وَإِنْ أَقَرَّ بِحَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ: لَزِمَهُ فِي الحَالِ) لِأَنَّهُ مُبْقًى عَلَى أَصْلِ الحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الدَّمِ، ....

(**ولا ينفذان**[1] **بمباشرته**) أي: بمباشرة الولي.

وقوله: (**على ما بينا**) إشارة إلى قوله: (**بخلاف الأقوال**) إلى قوله: (**والقصد من شرطه**)[2].

قوله: (**فإقراره**) أي: إقرار العبد (**نافذ في حق نفسه**) حتى يؤاخذ به بعد العتق.

قوله: (**وكل ذلك**) من تعلق الدَّين برقبته أو كسبه (**إتلاف مال المولى**) وإقرار الإنسان لا يقبل على غيره إلا لولاية، ولا ولاية للعبد على المولى، إما يؤخذ به بعد الحرية؛ لتحقق الأهلية بالعقل، والبلوغ، وانتفاء المانع، ولم يلزمه في الحال؛ لتحقق المانع.

قوله: (**لزمه**) أي: في الحال (**لأنه**) أي: العبد (**مبقى على أصل الحرية في حق الدم**) والحياة؛ لأنهما من خواص الإنسانية، وليس هو بمملوك من حيث إنه آدمي، بل كان مملوكًا من حيث إنه مال، ولهذا لا يصح إقرار المولى عليه بهما، وإذا بقي على أصل الحرية فيهما نفذ إقراره فيهما؛ لأنه أقر بما هو حقه،

---

(١) في الأصل: (ينعقدان)، والمثبت من النسخة الثاني، وهو الموافق لما سبق في المتن.

(٢) انظر المتن ص ٤٨٣.

حَتَّى لَا يَصِحُّ إِقْرَارُ المَوْلَى عَلَيْهِ بِذَلِكَ (وَيَنْفُذُ طَلَاقُهُ) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَمْلِكُ العَبْدُ وَالمُكَاتَبُ شَيْئًا إِلَّا الطَّلَاقَ» وَلِأَنَّهُ عَارِفٌ بِوَجْهِ المَصْلَحَةِ فِيهِ فَكَانَ أَهْلًا، وَلَيْسَ فِيهِ إِبْطَالُ مِلْكِ المَوْلَى وَلَا تَفْوِيتُ مَنَافِعِهِ فَيَنْفُذُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بَابُ الحَجْرِ لِلفَسَادِ

وبطلان حق المولى ضمني، والضمني لا يعتبر.

فإن قيل: قوله عليه الصلاة والسلام: «**لَا يملِكُ العبدُ والمُكاتَبُ شيئًا إلّا الطّلاقَ**»[(١)]، يقتضي أن لا يملك الإقرار بالحدود والقصاص.

قلنا: لما بقي على أصل الحرية فيهما يكون هذا إقرار الحر لا إقرار العبد، ولأن قوله تعالى: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ﴾ [القيامة:١٤] يقتضي أن يصح، ولا يقال إنه خص عنه الإقرار بالمال؛ لأن النص لم يتناوله؛ إذ إقراره يلاقي حق الغير، والنص يتناول الإقرار على نفسه.

فإن قيل: يحتمل النص على الحر دفعا للتعارض.

قلنا: يحمل الأثر على غير هذه الصورة دفعا للتعارض، ولا خلاف للأئمة الثلاثة في صحة إقرار العبد في الحدود والقصاص.

قوله: (لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «**كُلُّ طلاقٍ واقعٌ إلّا طلاقُ الصّبيِّ وَالمَعتوهِ**»[(٢)].

قوله: (فنفذ) أي: طلاقه؛ لأنه يختص بالإنسانية، فكان كالحر.

بَابُ الْحَجْرِ لِلْفَسَادِ

لما ذكر الحجر المتفق عليه شرع في بيان الحجر المُختَلَف فيه؛ لأن الحجر الأول بالعوارض السماوية وهو الصغر، والجنون، والرق؛ لأنه يتسبب عليه

---

(١) قال ابن حجر: لم أجده. الدراية (٢/ ١٩٨)، وقال الزيلعي: غريب. نصب الراية (٤/ ١٦٥).

(٢) قال ابن حجر: حديث: «كلُّ طلاقٍ واقعٍ إلّا طلاقُ الصَّبيِّ والمَجنونِ» لم أجده، وإنما روى ابن أبي شيبة، عن ابن عباس موقوفًا: لا يجوز طلاق الصبي. وأخرج عن علي بإسناد صحيح: كل طلاق جائز إلاطلاق المعتوه. وروى هذا مرفوعًا عن أبي هريرة، أخرجه الترمذي، وفي إسناد عطاء بن عجلان وهو متروك. الدراية (٢/ ٦٩).

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يُحْجَرُ عَلَى الحُرِّ البَالِغِ العَاقِلِ السَّفِيهِ، وَتَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ مُبَذِّرًا مُفْسِدًا: يُتْلِفُ مَالَهُ فِيمَا لَا غَرَضَ لَهُ فِيهِ وَلَا مَصْلَحَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (يُحْجَرُ عَلَى السَّفِيهِ وَيُمْنَعُ مِن التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ)(*) لِأَنَّهُ مُبَذِّرٌ مَالَهُ بِصَرْفِهِ لَا عَلَى الوَجْهِ الَّذِي يَقْتَضِيه العَقْلُ، فَيُحْجَرُ عَلَيْهِ نَظَرًا لَهُ، اعْتِبَارًا بِالصَّبِيِّ بَلْ أَوْلَى، لِأَنَّ الثَّابِتَ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ احْتِمَالُ التَّبْذِيرِ ......

بدون اختيار العبد، شرع في بيان الحجر المثبت باختيار العبد، والسماوي مُقدَّم على المكتسب.

ومسائل هذا الباب مبنية على قولهما لا على قول أبي [٢/ ٣٥٢/ أ] حنيفة؛ لأنه لا يرى الحجر للفساد والسفه.

اعلم أن الحجر على الحر العاقل البالغ بسبب السفه، والدين، والفسق، والغفلة عندهما يجوز بغير الفسق، وعند الشافعي يجوز بالكل، وبه قال مالك، وأحمد.

والسفيه: غير المعتوه، فإن المعتوه ناقص العقل، والسفيه كامل العقل، إلا إنه لا يجري على موجب عقله.

وفي المبسوط: هو العمل بخلاف موجب الشرع والعقل؛ لاتباع الهوى، وترك ما تدلّ عليه الحِجَى.

والسفيه من عادته التبذير والإسراف في النفقة، وأن يتصرف تصرفات لا لغرض، أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضًا، مثل دفع ماله إلى المُغنِّين واللَّعّابين، وشراء الحمام الطيارة بثمن غال، والغبن في التجارات من غير محمدة، وأصل المسامحة في التصرفات البرُّ، والإحسان مشروع، إلا أن الإسراف حرام، كالإسراف في الطعام والشراب قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُواْ لَمۡ يُسۡرِفُواْ وَلَمۡ يَقۡتُرُواْ﴾ [الفرقان:٦٧] الآية.

قوله: (لأنه) أي: السفيه **(مبذر ماله بصرفه [لا]**[1] على وجه يقتضيه العقل

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَفِي حَقِّهِ حَقِيقَتُهُ، وَلِهَذَا مُنِعَ عَنْهُ المَالُ، ثُمَّ هُوَ لَا يُفِيدُ بِدُونِ الحَجْرِ، لِأَنَّهُ يُتْلِفُ بِلِسَانِهِ مَا مُنِعَ مِن يَدِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّهُ مُخَاطَبٌ عَاقِلٌ فَلَا يُحْجَرُ عَلَيْهِ اعْتِبَارًا بِالرَّشِيدِ، وَهَذَا لِأَنَّ فِي سَلْبِ وِلَايَتِهِ إِهْدَارُ آدَمِيَّتِهِ وَإِلْحَاقُهُ بِالبَهَائِمِ، وَهُوَ أَشَدُّ ضَرَرًا

والحكمة) إلى آخره.

(وفي حقه) أي: في حق السفيه **(حقيقته)** أي: حقيقة التبذير **(ولهذا منع عنه)** أي: من السفيه **(المال)** بالنص بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء:٥]، فإذا منع عنه المال بطريق النظر له، فكذا يحجر عن التصرف له؛ وهذا لأن منع المال غير مقصود لعينه، بل لإبقاء ملكه، ولا يحصل هذا المقصود متى يُطْلَق في التصرف؛ لأنه يقر به لغيره، ويبيعه بغبن فاحش، ويأمر الولي بالتسليم إليه.

وكذا يحجر بالفسق نظرًا له، مثل أن يَجْمَع أهل الشراب والفسق في داره، فيطعمهم ويسقيهم ويفتح باب الجائزة عليهم.

أو في الخير، بأن يصرف جميع ماله في بناء المسجد وأشباه ذلك، فَيَحْجُر عليه القاضي نظرًا له.

وكذا مَنْ فيه غفلةٌ، فكان سليم القلب لا يهتدي إلى التصرفات، فيحجره القاضي نظرًا له.

قوله: (ولأبي حنيفة أنه) أي: السفيه **(مُخاطَبٌ عاقلٌ فلا يُحْجَرُ عليه)** كالرشيد، ولا يُشْكِل هذا بالعبد، فإنه مخاطب عاقل، ومع ذلك يحجر عليه؛ لأن المُخاطَب المُطلَق يتناول الكامل منه، والعبد ليس بمُخاطَب كامل؛ لما أن خطابات المالية ساقطة عنه، وبعض خطابات غير المالية أيضًا كالحج، وصلاة، الجمعة، والعيدين، وخطاب الشهادة.

أو المراد بالمُخاطَب: المُخاطَب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام؛ لأنه في الحجر عن التصرفات المالية.

(وهذا) أي: الحجر **(سلب ولايته وفيه إهدار آدميته وحريته)** فإن الحرية أمارة المالكية، والخطاب أمارة القدرة على التصرفات؛ لأنه دليل اعتبار عقله، وهو دليل القدرة على التصرف؛ لأن التصرف كلام مُلْزِم، واعتبار الكلام

مِن التَّبْذِيرِ فَلَا يُتَحَمَّلُ الأَعْلَى لِدَفْعِ الأَدْنَى، حَتَّى لَوْ كَانَ فِي الحَجْرِ دَفْعُ ضَرَرٍ عَامٍّ كَالحَجْرِ عَلَى المُتَطَبِّبِ الجَاهِلِ، وَالمُفْتِي المَاجِنِ، وَالمُكَارِي المُفْلِسِ: جَازَ فِيمَا يُرْوَى عَنْهُ، إِذْ هُوَ دَفْعُ ضَرَرِ الأَعْلَى بِالأَدْنَى، وَلَا يَصِحُّ القِيَاسُ عَلَى مَنْعِ المَالِ،

بالتمييز، واللزوم بالخطاب، فكان في إبطال ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالمجانين والبهائم، فلأن يكون فيه نظر، بل الضرر فيه أعظم من ضرر التبذير؛ لأن الإنسان إنما يُبايِنُ سائرَ الحيوانات باعتبار قوله في التصرفات، ولا يُتَحَمَّلُ الضررُ الأعلى دفع الضرر الأدنى، بل يُدْفَعُ الأعلى بالأدنى، حتى رُوِيَ عن أبي حنيفة أنه يجوز الحجر على المفتي الماجن، والمُتَطَبِّب الجاهل، والمُكارِي المفلس؛ لأن فيه دفعَ الضررِ الأعلى، وهو الضررُ العامُّ بالضررِ الخاصِّ.

إذ المفتي الماجن الذي يُعلِّم الناس الحِيَلَ الباطلة مثل أن يعلم المرأة حتى تَرْتَدَّ فَتَبِينَ من زوجها، ويُعلّم الرجل أن يرتد فتسقط عنه الزكاة ثم يسلم، ولا يبالي أن يحرم حلالًا أو يحل حرامًا، يفسد على الناس دينهم.

والمتطبب الجاهل يفسد أبدانهم، والمكاري المفلس يتلف أموالهم، فإنه إذا ماتت دابته في الطريق وليس له أخرى، ولا يمكنه شراء أخرى، ولا الاستئجار، يؤدي إلى إتلاف أموال الناس، فيدفع الأعلى بالأدنى.

قوله: (**ولا يصح القياس**) إلى آخره جواب عن قياس الخصم، حيث اعتبره بمنع المال؛ لأن منع المال ثبت غير معقول المعنى، إذ منع المال عن المالك والملك مطلق التصرف غير معقول.

(**ولأنه**)[1] أي: منع المال عقوبة شرعت زجرًا له عن التبذير، فلا تحتمل المقايسة، لأن الحجر أبلغ من منع المال في العقوبة.

وقيل: هذا يلزم على الشافعي؛ لأنه يرى الحجر عليه عقوبة.

أما عندهما: الحجر عليه نظرًا له.

وقيل: هذا على طريق بعض مشايخنا، حيث قال: [٢/ ٣٥٢/ ب] إن المنع بطريق العقوبة، ولأن اليد للآدمي على المال نعمة زائدة، وإطلاق اللسان في

---

(١) انظر المتن ص ٤٨٧.

لِأَنَّ الحَجْرَ أَبْلَغُ مِنهُ فِي العُقُوبَةِ، وَلَا عَلَى الصَّبِيِّ، ....

التصرفات الأصلية أصلية، فلا يقاس إبطال أعلى النعمتين على أدناهما.

قوله: (ولا على الصبي) إذ لا يصح قياسه على الصبي؛ لأن الصبي لما كان عاجزًا عن النظر لنفسه، احتجنا ضرورة إلى صيرورة الغير وَلِيًّا والمولى عليه لا التصرف.

أما السفيه قادر على النظر لنفسه؛ لكمال عقله، وإن كان يعدل عن سير العقل بهواه، ومنع المال عنه مفيد؛ لأن قبل المنع يتلف ماله بيده ولسانه، وبعد المنع لا يتلف إلا بلسانه، ولأن التبذير إنما يكون في الهبات والصدقات غالبًا- ولا يتم ذلك إلا بالقبض، ولا إقباض باليد، ولا يد مع المنع.

فإن قيل: جعل الله للسفيه وليًّا في قوله تعالى: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

قلنا: السفيه هو المجنون عنده، وعليه كثير من أهل التأويل.

وفي المبسوط: وأبو حنيفة استدل بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ﴾ [النساء:٦] فقد نهى عن الإسراف والبدار في ماله مخافة أن يكبر، فلا يبقى له عليه ولاية، والتنصيص على زوال ولايته عنه، وعدم الكبر تنصيص على زوال الحجر عنه بالكبر؛ لأن الولاية عليه للحاجة وإنما تنعدم الحاجة إذا صار هو مطلق التصرف.

فإن قيل: ما جواب أبي حنيفة عما تمسك الخصم من النصوص والآثار؟ فقد تمسك بقوله: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِۚ﴾ [البقرة:٢٨٢] وهذا تنصيص على إثبات الولاية على السفيه، وأنه لا يصير موليًا عليه إلا بعد الحجر، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ إلى أن قال: ﴿وَٱكْسُوهُمْ﴾ [النساء:٥] فهذا تنصيص على إثبات الحجر عليه بطريق النظر.

وقد روي أن عبد الله بن جعفر كان يفني ماله في اتخاذ الضيافات حتى اشترى دارًا للضيافة بمائة ألف درهم، فبلغ ذلك عمه علي بن أبي طالب، فقال: لَآتينَّ عثمان ولأسألنه أن يحجر عليه، فاهتم بذلك عبد الله، وجاء إلى الزبير وأخبره بذلك، فقال: أشركني فيها فأشركه، ثم جاء علي إلى عثمان وسأله أن

....

يحجر عليه، فقال عثمان: كيف أحجر على رجل شريكه الزبير، وإنما قال لأن الزبير كان معروفًا بالكياسة في التجارة، فاستدل برغبته في الشركة على أنه لا غبن في تصرفه، وهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بهذا السبب.

وروي أن عائشة كانت تتصدق بمالها، حتى روي أنه كان لها رباع فهمت ببيعها لتتصدق بثمنها، فبلغ ذلك عبد الله بن الزبير فقال: لتنتهين عائشة عن بيع رباعها أو لأحجرن عليها(١).

قلنا: قيل: المراد بالسفيه في الآية المجنون والصغير؛ لأن السفه لغة: عبارة عن الخفة، وذلك بانعدام العقل أو نقصانه، وكذا يحمل السفيه عليهما في قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا﴾ وعليه أكثر أهل التأويل.

والمراد من النهي في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤۡتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمۡوَٰلَكُمُ﴾ نهي الأزواج عن دفع المال إلى النساء، وجعل التصرف إليهن، كما كانت العرب تفعله، ألا ترى أنه قال: ﴿أَمۡوَٰلَكُمُ﴾ وذلك يتناول المخاطبين بهذا النهي لأموال السفهاء.

وأما حديث عبد الله بن جعفر فدليلنا؛ لأن عثمان امتنع من الحجر عليه مع سؤال علي، وأكثر ما فيه أنه لم يكن في ذلك التصرف غبن [حين](٢) رغب الزبير في الشركة، ولكن المبذر أن يصرف تصرفًا واحدًا على وجه لا غبن فيه، فإنه يحجر عليه عند الخصم، فلما لم يحجر عليه مع ثبوت التبذير في غيره دل أن ذلك من عليٍّ على سبيل التخويف.

وحديث عائشة دليلنا أيضًا، فإنه لما بلغها قول ابن الزبير حلفت أن لا تكلم ابن الزبير أبدًا، فلو كان الحجر حكمًا شرعًا استجارت بهذا الحلف من نفسها مجازاة على قوله فيما هو حكم شرعي، وبهذا تبين أن ابن الزبير إنما قال ذلك كراهة أن تفني مالها فتُبتَلَى بالفقر، فتصير عيالا على غيرها، بعدما كان يعولها رسول الله ﷺ، والمصير إلى هذا أولى؛ ليكون أبعد من نسبة السفه والتبذير إلى الصحابة، كذا في المبسوط.

---

(١) أخرجه البخاري (٦٠٧٣) بنحوه.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنْ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ، وَهَذَا قَادِرٌ عَلَيْهِ نَظَرَ لَهُ الشَّرْعُ مَرَّةً بِإِعْطَاءِ آلَةِ القُدْرَةِ وَالجَرْيُ عَلَى خِلَافِهِ لِسُوءِ اخْتِيَارِهِ، وَمَنْعُ المَالِ مُفِيدٌ، لِأَنَّ غَالِبَ السَّفَهِ فِي الهِبَاتِ وَالصَّدَقَاتِ وَذَلِكَ يَقِفُ عَلَى اليَدِ.

قَالَ: (وَإِذَا حَجَرَ القَاضِي عَلَيْهِ، ثُمَّ رُفِعَ إِلَى قَاضٍ آخَرَ، فَأَبْطَلَ حَجْرَهُ وَأَطْلَقَ عَنْهُ جَازَ) لِأَنَّ الحَجْرَ مِنهُ فَتْوَى وَلَيْسَ بِقَضَاءٍ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ المَقْضِيُّ لَهُ وَالمَقْضِيُّ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ قَضَاءً فَنَفْسُ القَضَاءِ مُخْتَلَفٌ فِيهِ فَلَا بُدَّ مِن الإِمْضَاءِ، حَتَّى لَوْ رُفِعَ تَصَرُّفُهُ بَعْدَ الحَجْرِ إِلَى القَاضِي الحَاجِرِ أَوْ إِلَى غَيْرِهِ فَقَضَى بِبُطْلَانِ تَصَرُّفِهِ، ثُمَّ رُفِعَ إِلَى قَاضٍ آخَرَ: نَفَذَ إِبْطَالُهُ ....

قوله: (لأن الحجر منه) أي: من القاضي (فتوى وليس بقضاء) هذا جواب سؤال، ذكره في الذخيرة.

فإن قيل: تصرف المحجور [٢/ ٣٥٣/ أ] عليه بالسفه ينبغي أن لا ينفذ عند أبي حنيفة بعد ما قضى القاضي عليه بالحجر؛ لأن جواز تصرف السفيه بعد الحجر مختلف فيه، وبقضاء القاضي يصير متفقًا.

قلنا: نعم، إذا كان قضاؤه بحجره لم يكن فتوى، وهذا فتوى وليس بقضاء؛ لأنه لم يثبت بهذا القضاء ما ليس بثابت، بل يبين ما كان ثابتًا، فإنه كان محجورًا عليه قبل القضاء متى كان مفسدًا لماله، وهو حد الفتوى، ولهذا لا بد للقضاء من المقضي عليه وله؛ لأنه لقطع المنازعة، فلا بد من منازعة حتى يقطع، فيكون هذا فتوى عند محمد.

وعند أبي يوسف، ومن تابعه: وإن كان يحتاج إلى القضاء ليصير محجورًا عليه، فنفس القضاء مجتهد، ومتى كان نفس القضاء مجتهدًا فيه، يحتاج إلى إمضاء غيره كما مر في كتاب القضاء، حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر، أو إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه، ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله؛ لاتصال إمضائه، فلا يقبل النقض بعد ذلك.

قوله: (نفذ إبطاله) أي: إبطال القاضي الثاني، ولو روي (نفَّذ) بالتشديد معناه استمر على تنفيذ الثاني؛ لأنه حكم بنفاذه، كذا روي عن بعض الثقات.

لِاتِّصَالِ الإِمْضَاءِ بِهِ فَلَا يُقْبَلُ النَّقْضُ بَعْدَ ذَلِكَ (ثُمَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا بَلَغَ الغُلَامُ غَيْرَ رَشِيدٍ لَمْ يُسَلَّمْ إِلَيْهِ مَالُهُ حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً، فَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهِ قَبْلَ ذَلِكَ نَفَذَ تَصَرُّفُهُ، فَإِذَا بَلَغَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً يُسَلَّمُ إِلَيْهِ مَالُهُ وَإِنْ لَمْ يُؤْنَسْ مِنهُ الرُّشْدُ. وَقَالَا: لَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ مَالُهُ أَبَدًا حَتَّى يُؤْنَسَ مِنهُ رُشْدُهُ، وَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ)(*) لِأَنَّ عِلَّةَ المَنْعِ السَّفَهُ فَيَبْقَى مَا بَقِيَ العِلَّةُ وَصَارَ كَالصِّبَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّ مَنْعَ المَالِ عَنْهُ بِطَرِيقِ التَّأْدِيبِ، وَلَا يَتَأَدَّبُ بَعْدَ هَذَا ظَاهِرًا وَغَالِبًا؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ قَدْ يَصِيرُ جَدًّا

قوله: (وقالا) أي: أبو يوسف، ومحمد: لا يدفع ماله إليه أبدًا حتى يؤنس منه رشد وإن صار شيخًا فانيًا، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وأكثر علماء الأمصار، وقاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟﴾ [النساء:٦] علق الدفع بإيناس الرشد، فلا يجوز الدفع قبله؛ لأن المعلق بالشرط معدوم قبله، ولأن منع المال قبله لعلة السفه، فيبقى ببقاء العلة ويزول بزوال العلة، إذ العبرة لقيام العلة وزوالها لا للزمان.

ولأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء:٢] والمراد به بعد البلوغ، فهو تنصيص على وجوب الدفع بعد البلوغ، إلا أنه منع عنه ماله قبل هذه المدة بالإجماع، ولا إجماع هاهنا، فيجب الدفع إليه بالنص، والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند العدم عندنا، على أن الشرط (رشدًا) نكرة، فإذا صار الشرط في حكم الوجود بوجه وجب جزاؤه، فأول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا، وبقاء أثره لبقاء عينه، فإذا امتد الزمان وظهرت الخبرة والتجربة لم يبق أثر الصبا، وحدث ضرب من الرشد لا محالة؛ لأنه حال كمال عقله.

فقد [روي](١) عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «ينتهي لب الرجل إذا بلغ خمسًا وعشرين سنة».

وقال أهل الطبائع: من بلغ خمسًا وعشرين سنة فقد بلغ رشده، ألا ترى أنه يصير جَدًّا صحيحًا في هذا السن؛ لأن أدنى ما يحتلم الإنسان في اثني عشر سنة

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فِي هَذَا السِّنِّ فَلَا فَائِدَةَ فِي المَنْعِ فَلَزِمَ الدَّفْعُ، وَلِأَنَّ المَنْعَ بِاعْتِبَارِ أَثَرِ الصِّبَا وَهُوَ فِي أَوَائِلِ البُلُوغِ، وَيَتَقَطَّعُ بِتَطَاوُلِ الزَّمَانِ فَلَا يَبْقَى المَنْعُ، وَلِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَوْ بَلَغَ رَشِيدًا ثُمَّ صَارَ سَفِيهًا لَا يُمْنَعُ المَالُ عَنْهُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَثَرِ الصِّبَا، ثُمَّ لَا يَتَأَتَّى التَّفْرِيعُ عَلَى قَوْلِهِ، وَإِنَّمَا التَّفْرِيعُ عَلَى قَوْلِ مَنْ يَرَى الحَجْرَ. فَعِنْدَهُمَا: لَمَّا صَحَّ الحَجْرُ لَا يَنْفُذُ بَيْعُهُ إِذَا بَاعَ تَوْفِيرًا لِفَائِدَةِ الحَجْرِ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ أَجَازَهُ الحَاكِمُ، لِأَنَّ رُكْنَ التَّصَرُّفِ قَدْ وُجِدَ وَالتَّوَقُّفُ لِلنَّظَرِ لَهُ وَقَدْ نَصَّبَ الحَاكِمُ نَاظِرًا لَهُ فَيَتَحَرَّى المَصْلَحَةَ فِيهِ، كَمَا فِي الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ وَيَقْصِدُهُ.

وَلَوْ بَاعَ قَبْلَ حَجْرِ القَاضِي، جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن حَجْرِ

ثم يولد له ولد في ستة أشهر، ثم يبلغ ذلك في اثني عشر سنة، ثم يولد له ابن في ستة أشهر، فيصير جَدًّا صحيحًا في خمس وعشرين سنة.

وقيد بالجد الصحيح؛ لأنه يصير جَدًّا فاسدًا بأقل من ذلك، فإنا لو فرضنا أنه لو بلغ اثني عشر سنة، ثم تزوج وولدت له بنتًا، والبنت تحمل في تسع سنين، ثم ولدت بعد ستة أشهر، فيصير جَدًّا فاسدًا في اثنين وعشرين سنة، حتى قيل: يعتبر اثنان وعشرون سنة، ذكره في الجامع.

يؤيده قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الأنعام: ١٥٢] وقد بلغ أشده، وصلح جدًّا، ولأن منع المال منه على سبيل التأديب له، والاشتغال بالتأديب عند رجاء التأديب، فلا وجه للمنع عنه.

قوله: (جاز عند أبي يوسف) وبه قال الشافعي، وأحمد؛ لأنه لا بد من حجر القاضي عندهما؛ لأن الحجر تردد بين النفع والضرر، ففي إبقاء الملك له نظر، وفي إهدارِ قولِهِ ضررٌ، فلا بد من قضاء القاضي؛ ليترجح أحد الجانبين على الآخر، يوضحه أن الحجر ليس بشيء محسوس، وإنما يعرف بالعين في التصرف، وقد يكون ذلك للسفه، وقد يكون عنه لاستجلاب قلوب المجاهرين، فكان مترددًا، فلا يثبت حكمه بالقضاء، ولأنه حجر مختلف، فلا بد فيه من الرأي، فيشترط حكم الحاكم كما في حجر المفلس، بخلاف الجنون والصبا، فإنه لا يحتاج فيه إلى الرأي.

القَاضِي عِنْدَهُ، لِأَنَّ الحَجْرَ دَائِرٌ بَيْنَ الضَّرَرِ وَالنَّظَرِ، وَالحَجْرُ لِنَظَرِهِ، فَلَا بُدَّ مِن فِعْلِ القَاضِي. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَبْلُغُ مَحْجُورًا عِنْدَهُ، إِذْ العِلَّةُ هِيَ السَّفَهُ بِمَنْزِلَةِ الصِّبَا، وَعَلَى هَذَا الخِلَافُ إِذَا بَلَغَ رَشِيدًا ثُمَّ صَارَ سَفِيهًا (وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا نَفَذَ عِتْقُهُ عِنْدَهُمَا). وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ: لَا يَنْفُذُ. وَالأَصْلُ عِنْدَهُمَا: أَنَّ كُلَّ تَصَرُّفٍ يُؤَثِّرُ فِيهِ الهَزْلُ يُؤَثِّرُ فِيهِ الحَجْر وَمَا لَا فَلَا، لِأَنَّ السَّفِيهَ فِي مَعْنَى الهَازِلِ مِن حَيْثُ إِنَّ الهَازِلَ يُخْرِجُ كَلَامَهُ لَا عَلَى نَهجِ كَلَامِ العُقَلَاءِ ....

قوله: (وعند محمد لا يجوز) وبه قال مالك؛ لأنه يبلغ محجورًا عنده، ولأن علة الحجر السفه، وهو متحقق في الحال، فيترتب عليه حكمه بدون حجر القاضي كالصبي والمجنون، [٢/ ٣٥٣/ب] بخلاف حجر المفلس؛ فإنه يحجر لحق الغرماء حتى لا يتلف حقهم، فيتوقف على القضاء.

قوله: (نفذ عتقه عندهما) وبه قال أبو حنيفة أيضًا، (وعند الشافعي) وأحمد (لا ينفذ) وهو قياس قول مالك؛ لأن تصرفات المحجور عليه غير نافذة.

قوله: (لا على نَهْج) بسكون الهاء، وهو الطريق الواضح، وهو المراد هاهنا.

والنَّهَجُ بالتحريك: البُهْرُ، وهو تتابع النفس، من حد: عَلِم، ذكره في الصحاح.

(كلام العقلاء) فإنهم لا يريدون بكلامهم اللعب، ودون ما وضع الكلام له، لا لنقصان في عقله، يعني الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء؛ لقصده اللعب، دون ما وضع له الكلام، لا لنقصان في عقله، فكذا السفيه يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء؛ لاتباع الهوى، ومكابرة العقل، لا لنقصان في عقله، فكل تصرف لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه، وكل تصرف يؤثر فيه؛ لأنه لا يحتمل الفسخ، فكذا لا يؤثر فيه السفه، ولا يقال لو أعتق السفيه عبده عن كفارة يمينه، أو ظهاره لا ينفذ عتقه، بل عليه أن يصوم كالمعسر إذا حنث فيه؛ لأنا نقول إعتاقه نافذ، لكن لا يقع عن كفارته؛ لأنه يجب على العبد السعاية بعد إعتاقه على ما يجيء؛ ومع وجوب السعاية لا تقع عن

لِاتِّبَاعِ الهَوَى، وَمُكَابَرَةِ العَقْلِ، لَا لِنُقْصَانٍ فِي عَقْلِهِ، فَكَذَلِكَ السَّفِيهُ وَالعِتْقُ مِمَّا لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ الهَزْلُ فَيَصِحُّ مِنهُ.

وَالأَصْلُ عِنْدَهُ: أَنَّ الحَجْرَ بِسَبَبِ السَّفَهِ بِمَنْزِلَةِ الحَجْرِ بِسَبَبِ الرِّقِّ، حَتَّى لَا يَنْفُذُ بَعْدَهُ شَيْءٌ مِن تَصَرُّفَاتِهِ إِلَّا الطَّلَاقَ كَالمَرْقُوقِ، وَالإِعْتَاقُ لَا يَصِحُّ مِن الرَّقِيقِ فَكَذَا مِن السَّفِيهِ (وَ) إِذَا صَحَّ عِنْدَهُمَا (كَانَ عَلَى العَبْدِ أَنْ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ) لِأَنَّ

الكفارة؛ لأن بدل السعاية بمنزلة العوض عن العتق؛ إليه أشار في المبسوط.

فإن قيل: يشكل على هذا الأصل الذي ذكرهما عدم[1] صحة يمين السفيه في حق التكفير بالعتق، حتى إذا حنث وهو موسر لا ينفذ القاضي أن يُكَفِّر بالمال وعدم صحة نذره من هدي أو صدقة، حتى لو نذر لا ينفذ له القاضي شيئًا من ذلك، مع أن اليمين لا يؤثر فيه الهزل، والنذر ملحق بها في رواية، وفي رواية هو يمين.

وكذا يشكل عليه أن عتق الهازل لا يوجب السعاية، وعتق السفيه المحجور يوجب ذلك.

قلنا: نعم كذلك، إلا أن القاضي لما حجره عن التصرف فيما يرجع إلى الإتلاف نظرًا له لم ينفذ تصرفه بالنذر في هذه الأشياء؛ لأنه لو لم يمنعه ذلك لم يحصل مقصود الحجر؛ لأنه يتيسر له حينئذ النذر بالتصرف بجميع ماله، ثم عليه وجوب الصوم في اليمين وإن كان موسرًا على ما يجيء.

وأما وجوب السعاية، فإن الحجر عليه لمعنى النظر، فيكون بمنزلة الحجر على المريض.

والحاصل: أن السفه[2] لا يجعل كالهزل في جميع التصرفات، ولا كالصبا، ولا كالمريض، ولكن الحجر عليه لمعنى النظر، فالمعتبر فيه توفير النظر عليه، وتحسسه يلحق ببعض هذه الأصول في كل حادثة إليه أشار في المبسوط.

قوله: (والأصل عنده) أي: عند الشافعي.

---

(١) في النسخة الثانية: (عند).

(٢) في الأصل (لنفسه)، والمثبت من النسخة الثانية.

الحَجْرَ لِمَعْنَى النَّظَرِ، وَذَلِكَ فِي رَدِّ العِتْقِ، إِلَّا أَنَّهُ مُتَعَذِّرٌ، فَيَجِبُ رَدُّهُ بِرَدِّ القِيمَةِ كَمَا فِي الحَجْرِ عَلَى المَرِيضِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ لَا تَجِبُ السِّعَايَةُ، لِأَنَّهَا لَوْ وَجَبَتْ إِنَّمَا تَجِبُ حَقًّا لِمُعْتِقِهِ، وَالسِّعَايَةُ مَا عُهِدَ وُجُوبُهَا فِي الشَّرْعِ إِلَّا لِحَقِّ غَيْرِ المُعْتِقِ (وَلَوْ دَبَّرَ عَبْدَهُ: جَازَ) لِأَنَّهُ يُوجِبُ حَقَّ العِتْقِ فَيُعْتَبَرُ بِحَقِيقَتِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا تَجِبُ السِّعَايَةُ مَا دَامَ المَوْلَى حَيًّا، لِأَنَّهُ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِ، وَإِذَا مَاتَ وَلَمْ يُؤْنَسْ مِنهُ الرُّشْدُ سَعَى فِي قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا، لِأَنَّهُ عَتَقَ بِمَوْتِهِ وَهُوَ مُدَبَّرٌ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَعْتَقَهُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ (وَلَوْ جَاءَتْ جَارِيَتُهُ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ: يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنهُ وَكَانَ الوَلَدُ حُرًّا وَالجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ) لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَى ذَلِكَ لِإِبْقَاءِ نَسْلِهِ فَأُلْحِقَ بِالمُصْلِحِ فِي حَقِّهِ ....

قوله: (كما في الحجر على المريض) يعني لو أعتق عبده في مرضه تجب السعاية في كل قيمته للغرماء، أو ثلثي قيمته للورثة، إذا لم يكن عليه دين، ولا مال له سواه؛ لتعذر رد العتق، فكان رده بوجوب السعاية لِحَقِّ الغرماء أو الورثة، فكذا هاهنا رد العتق واجب لمعنى النظر، وقد تعذر رده، فيجب رده بإيجاب السعاية.

قوله: (وعن محمد) إلى آخره، جعل في المبسوط هذه الرواية عنه آخر قول أبي يوسف، وأما قوله الأول كقول محمد في وجوب السعاية.

قوله: (لأنه باق على ملكه)، فلا يمكن إيجاب السعاية، ولا إيجاب نقصان التدبير عليه؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده دينًا، ألا ترى أنه لو دبر عبده بمال وقبل العبد، صح التدبير ولم يجب المال، بخلاف ما لو كاتبه، أو أعتقه على مال حيث يصح؛ لأنه لم يبق على ملكه حقيقة أو يدًا، إليه أشار في المبسوط.

قوله: (أعتقه بعد التدبير) أي: في حياته تحتسب السعاية، فكذا هاهنا، ألَا ترى أن مصلحًا لو دبر عبده في صحته، ثم مات وعليه دين مستغرق يجب عليه السعاية في قيمته مدبرًا لغرمائه، فكذا هاهنا، إليه أشار في المبسوط.

قوله: (فألحق بالمصلح في حقه) أي: في حق الاستيلاد نظرًا له، ولا يعلم فيه خلاف للأئمة الثلاثة؛ لأنه يحتاج إلى ذلك لإبقاء نسله وصيانة مائه، فيلحق

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا وَلَدٌ وَقَالَ: هَذِهِ أُمُّ وَلَدِي، كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ أُمِّ الوَلَدِ لَا يَقْدِرُ عَلَى بَيْعِهَا، وَإِنْ مَاتَ سَعَتْ فِي جَمِيعِ قِيمَتِهَا) لِأَنَّهُ كَالإِقْرَارِ بِالحُرِّيَّةِ إِذْ لَيْسَ لَهُ شَهَادَةُ الوَلَدِ، بِخِلَافِ الفَصْلِ الأَوَّلِ، لِأَنَّ الوَلَدَ شَاهِدٌ لَهَا. وَنَظِيرُهُ: المَرِيضُ إِذَا ادَّعَى وَلَدَ جَارِيَتِهِ فَهُوَ عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ. قَالَ: (وَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً: جَازَ نِكَاحُهَا) لِأَنَّهُ لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ الهَزْلُ، وَلِأَنَّهُ مِن حَوَائِجِهِ الأَصْلِيَّةِ (وَإِنْ سَمَّى لَهَا مَهْرًا: جَازَ مِنهُ مِقْدَارُ مَهْرِ مِثْلِهَا) لِأَنَّهُ مِن ضَرُورَاتِ النِّكَاحِ (وَبَطَلَ الفَضْلُ) لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ فِيهِ، وَهَذَا التِزَامٌ بِالتَّسْمِيَةِ وَلَا نَظَرَ لَهُ فِيهِ، فَلَمْ تَصِحَّ الزِّيَادَةُ وَصَارَ كَالمَرِيضِ مَرَضَ المَوْتِ (وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا: وَجَبَ لَهَا النِّصْفُ فِي مَالِهِ) لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ صَحِيحَةٌ إِلَى مِقْدَارِ مَهْرِ المِثْلِ (وَكَذَا إِذَا تَزَوَّجَ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ، أَوْ كُلَّ يَوْمٍ وَاحِدَةً) ....

في حق هذا الحكم بالمريض المديون إذا ادعى نسب ولده، كان هو في ذلك كالصحيح، حتى إنها تعتق من جميع ماله بموته، ولا تسعى هي في شيء؛ لأن حاجته مقدمة على حق غرمائه، بخلاف ما لو أعتقها.

قوله: (لأنه كالإقرار بالحرية) أي: إقراره بأمومية الولد بدون الولد، كالإقرار بالحرية تسعى [٢/ ٣٥٤/أ] بعد موته في جميع قيمتها، فكذا هاهنا.

قوله: (على هذا التفصيل) وهو الفرق الذي ذكرناه بين الدعوة بالولد والدعوة بدون الولد؛ لحاجته إلى إبقاء نسله، فيكون مقدما على حق الغرماء.

قوله: (جاز نكاحها) ولفظ المبسوطين (جاز نكاحه) وبه قال أحمد، وقال الشافعي، ومالك، وأبو الخطاب الحنبلي: لا يجوز بغير إذن الولي؛ لأنه عقد معاوضة كالشراء، فلا يجوز بدون وليه.

قوله: (كالمريض مرض الموت) يعني لو تزوج بأكثر من مهر مثلها يلزمه بقدر مهر المثل لا الزيادة منه إذا لم يخرج من الثلث، وفي مسألتنا لا تصير الزيادة أصلا.

قوله: (وكذا إذا تزوج بأربع) يعتبر مهر المثل لا الزيادة، سواء كان نكاحهن في عقد واحد أو متفرقا.

وقوله: (أو كل يوم واحدة) ثم طلقها كذا يفعل مرارًا من غير حصر، فإنه

لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَتُخْرَجُ الزَّكَاةُ مِن مَالِ السَّفِيهِ) لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ (وَيُنْفَقُ عَلَى أَوْلَادِهِ وَزَوْجَتِهِ وَمَنْ تَجِبُ نَفَقَتُهُ مِن ذَوِي أَرْحَامِهِ) لِأَنَّ إِحْيَاءَ وَلَدِهِ وَزَوْجَتِهِ مِن حَوَائِجِهِ، وَالإِنْفَاقُ عَلَى ذِي الرَّحِمِ وَاجِبٌ عَلَيْهِ لِقَرَابَتِهِ، وَالسَّفَهُ لَا يُبْطِلُ حُقُوقَ النَّاسِ، إِلَّا أَنَّ القَاضِيَ يَدْفَعُ الزَّكَاةَ إِلَيْهِ لِيَصْرِفَهَا إِلَى مَصْرِفِهَا، لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن نِيَّتِهِ لِكَوْنِهَا عِبَادَةً، لَكِنْ يَبْعَثُ أَمِينًا مَعَهُ كَيْ لَا يَصْرِفَهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ. وَفِي النَّفَقَةِ يَدْفَعُ إِلَى أَمِينِهِ

تصح تسميته في مقدار مهر المثل، وتبطل الزيادة.

وقوله: (**لما بينا**) إشارة إلى قوله: (لأنه من ضرورات النكاح) إلى آخره، وبهذه المسألة يحتج أبو حنيفة أنه لا فائدة في الحجر عليه؛ لأنه لا ينسد باب إتلاف المال عليه، ولهذا لم يجوِّزْ الشافعي النكاح بغير إذن الولي.

قوله: (**لأنه**) أي: إخراج الزكاة (**واجب عليه**)؛ لأنه كامل العقل، مخاطب بحقوق الله تعالى، فلا تبطل بسفهه.

قوله: (**يدفعها**) أي: النفقة (**إلى أمينها**) أي: أمين المرأة وفي بعض النسخ (إلى أمينه) أي: أمين القاضي (**لتصرفه**) أي: المال المخرج للنفقة إلى مستحقه؛ لأنه ليس معتاده[١] أي صرف النفقة.

وفي المبسوط: فرق بين نفقة الوالدين وبين نفقة غيرهما فقال: ينبغي للقاضي أن لا يأخذ بقول السفيه في دفع المال إلى ذوي الأرحام للنفقة حتى يقيم القريب بينة على القرابة والعشرة؛ لأن إقراره بذلك بمنزلة إقراره بدين على نفسه، فلا يكون ملزمًا شيئًا إلا في الولد، فإنهما إذا تصادقا على السبب قبل قولهما فيه؛ لأن كل واحد منهما في تصديق صاحبه يقر على نفسه بالنسب، والسفه لا يمنع الإقرار بالنسب؛ لأن ذلك من حوائجه، ولكن لا يعتبر قوله في عسر المقر له كما في عسرة سائر الأقارب.

وكذا يقبل إقراره بالزوجة؛ لأنه يملك إنشاء التزوج، فيملك الإقرار به،

---

(١) تقدم في المتن (بعبادة).

لِيَصْرِفَهُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعِبَادَةٍ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّتِهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ أَوْ نَذَرَ أَوْ ظَاهَرَ، حَيْثُ لَا يَلْزَمُهُ المَالُ بَلْ يُكَفِّرُ يَمِينَهُ وَظِهَارَهُ بِالصَّوْمِ لِأَنَّهُ مِمَّا يَجِبُ بِفِعْلِهِ، فَلَوْ فَتَحْنَا هَذَا البَابَ يُبَذِّرُ أَمْوَالَهُ بِهَذَا الطَّرِيقِ، وَلَا كَذَلِكَ مَا يَجِبُ ابْتِدَاءً بِغَيْرِ فِعْلِهِ.

قَالَ: (فَإِنْ أَرَادَ حَجَّةَ الإِسْلَامِ لَمْ يُمْنَعْ مِنهَا) لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ بِإِيجَابِ اللَّهِ تَعَالَى مِن غَيْرِ صَنْعَةٍ (وَلَا يُسَلِّمُ القَاضِي النَّفَقَةَ إِلَيْهِ، وَيُسَلِّمُهَا إِلَى ثِقَةٍ مِن الحَاجِّ يُنْفِقُهَا عَلَيْهِ فِي طَرِيقِ الحَجِّ) كَيْ لَا يُتْلِفُهَا فِي غَيْرِ هَذَا الوَجْهِ (وَلَوْ أَرَادَ عُمْرَةً وَاحِدَةً: لَمْ يُمْنَعْ مِنهَا) اسْتِحْسَانًا، لِاخْتِلَافِ العُلَمَاءِ فِي وُجُوبِهَا، بِخِلَافِ مَا زَادَ عَلَى مَرَّةٍ وَاحِدَةٍ مِن الحَجِّ (وَلَا يُمْنَعُ مِن القِرَانِ) لِأَنَّهُ لَا يُمْنَعُ مِن إِفْرَادِ السَّفَرِ لِكُلِّ

ويجب عليه قدر مهر مثلها، ويعطيها القاضي ذلك، وإن كان قد مضى بعد إقراره أشهر، ثم أقر أنه كان قد فرض عليه نفقته في أول تلك الشهور لم يصدق على ما مضى؛ لأن هذا إقرار بالدين لها؛ لأن نفقة الزوجة في الماضي لا تصير دينا إلا بالقضاء، وإقراره بالدين باطل.

قوله: (لم يمنع منها) أي: من حجة الإسلام ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (استحسانًا) إذ في القياس يمنع؛ لأن العمرة عندنا تطوع، فصار كما لو أراد الخروج للحج تطوعًا بعد حجة الإسلام ولكن استحسانًا.

وقلنا: لا يمنع لاختلاف العلماء في وجوب العمرة، فعند الشافعي فريضة، والأخبار متعارضة فيها، ولظاهر قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة:١٩٦] فلهذا أخذ بالاحتياط في أمر الدين، ويكون فعله أقرب إلى فعل النبي عليه الصلاة والسلام فلا يمنع من سوق البدنة.

أما لو اصطاد المحجور في إحرامه، أو حلق رأسه من أذى، أو صنع شيئًا يجب فيه الدم، أمره أن يصوم لذلك، ولم يعطه من ماله إذا جاز الصوم فيه.

أما لو صنع شيئًا يلزمه الدم، ولا يجوز فيها الصوم فالدم لازم، ويؤدي عنه إذا صار مصلحًا، ولا يؤدي عنه في حال فساده، كالمعسر الذي لا يجد شيئًا إذا صنع ذلك، وكالعبد المأذون في الإحرام إذا فعل شيئًا من ذلك، وكذا لو جامع امرأته بعد الوقوف يلزم بدنة، وتتأخر إلى أن يصير مصلحًا، كذا في المبسوط.

وَاحِدٍ مِنهُمَا فَلَا يُمْنَعُ مِن الجَمْعِ بَيْنَهُمَا (وَلَا يُمْنَعُ مِن أَنْ يَسُوقَ بَدَنَةً) تَحَرُّزًا عَنْ مَوْضِعِ الخِلَافِ، إِذْ عِنْدَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ ﷺ لَا يُجْزِئُهُ غَيْرُهَا وَهِيَ جَزُورٌ أَوْ بَقَرَةٌ.

قَالَ: (فَإِنْ مَرِضَ وَأَوْصَى بِوَصَايَا فِي القُرَبِ وَأَبْوَابِ الخَيْرِ: جَازَ ذَلِكَ فِي ثُلُثِهِ) لِأَنَّ نَظَرَهُ فِيهِ، إِذْ هِيَ حَالَةُ انْقِطَاعِهِ عَنْ أَمْوَالِهِ، وَالوَصِيَّةُ تَخْلُفُ ثَنَاءً أَوْ ثَوَابًا، وَقَدْ ذَكَرْنَا مِن التَّفْرِيعَاتِ أَكْثَرَ مِن هَذَا فِي «كِفَايَةِ المُنْتَهَى».

قوله: (فإن مرض وأوصى) إلى آخره، ذكر في المبسوط: فإن أوصى بوصايا مطلقًا من غير القيد بحالة المرض، وهو الصحيح؛ لأن تنفيذ الوصية بعد الموت، فحينئذ لا تتفاوت بين أن تكون وصية في حال المرض، أو الصحة.

والقياس: أن وصاياه باطلة بمنزلة تبرعاته في حياته.

وفي الاستحسان: ما يكون على غير وجه الفسق، ويتقرب إلى الله تعالى، ولم يأت بذلك سرف ولا أمر يستقبحه المسلمون تنفذ من ثلث ماله؛ لأن الحجر عليه للنظر حتى لا يتلف ماله، فيبتلى بالفقر الذي هو الموت [٢/ ٣٥٤/ ب] الأحمر.

وهذا المعنى لا يوجد في وصاياه؛ لأن أوان وجوبها بعد الموت، وبعدما وقع الاستغناء عن المال في أمر دنياه، فإذا حصلت وصاياه على وجه يكون سببًا للثواب في آخرته، أو لاكتساب الثناء الحسن بعد موته، كان النظر في تنفيذها، ولا يعلم فيه خلاف.

ثم اعلم أن عندنا كما تصح وصايا المحجور بالسفه تجوز وصايا الصبي إذا عقل ما يصنع فهما سواء في التصرفات إلا في أربعة مواضع:

منها: أنه يجوز للأب ولوصيه أن يتصرف في مال الصبي بالبيع والشراء، ولا يجوز في حق السفيه البالغ.

وثانيها: أنها يجوز نكاح السفيه، ولا يجوز نكاح الصبي العاقل بلا إذن.

وثالثها: أن طلاق السفيه وعتاقه يصحن وفي الصبي العاقل لا يصح.

ورابعها: يصح تدبير عبده، وللصبي العاقل لا يصح، الكل من المبسوط.

قوله: (أكثر من هذا) وهو ما ذكرنا.

قَالَ: (وَلَا يُحْجَرُ عَلَى الفَاسِقِ إِذَا كَانَ مُصْلِحًا لِمَالِهِ عِنْدَنَا، وَالفِسْقُ الأَصْلِيُّ وَالطَّارِئُ سَوَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُحْجَرُ عَلَيْهِ زَجْرًا لَهُ وَعُقُوبَةً عَلَيْهِ كَمَا فِي السَّفِيهِ، وَلِهَذَا لَمْ يُجْعَلْ أَهْلًا لِلْوِلَايَةِ وَالشَّهَادَةِ عِنْدَهُ. وَلَنَا: قَوْله تَعَالَى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦] الآيَةَ. وَقَدْ أُونِسَ مِنهُ نَوْعُ رُشْدٍ فَيَتَنَاوَلُهُ النَّكِرَةُ المُطْلَقَةُ، وَلِأَنَّ الفَاسِقَ مِن أَهْلِ الوِلَايَةِ عِنْدَنَا لِإِسْلَامِهِ فَيَكُونُ وَالِيًا لِلتَّصَرُّفِ، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَيَحْجُرُ القَاضِي عِنْدَهُمَا أَيْضًا ....

ومن التفريعات ما ذكرنا من أحكام الحج، وهو أنه لو اصطاد إلى آخره، وما ذكرنا من الفرق بين المراهق والمحجور بالسفه في المواضع الأربعة.

وفي الكافي: وقد ذكر في المبسوط فروعًا أكثر من هذا، فمن رامها فليطلب ثمة.

قوله: (ولهذا لم يجعل) أي: الفاسق أهلا للشهادة، ولأن الفاسق غير رشيد ولأن إفساده لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله، كما يمنع قبول قوله وثبوت ولايته على غيره؛ لعدم الثقة بصدقه.

قوله: (وقد أُونس منه) أي: من الفاسق **(نوع رشد)** فالله تعالى علق الدفع بإيناس رشد نكرة، فيتناول رشدًا ما؛ لأن النكرة في موضع الإثبات تخص، والرشد في المال مراد، فلا يكون الرشد في الدين مرادًا؛ لأنه حينئذ يكون معلقًا برشدين.

قال ابن عباس: المراد بالرشد الصلاح في المال. وقال مجاهد: العقل.

وفي شرح الطحاوي: المراد من الرشد الصلاح في المال، وبه قال مالك، وأحمد، وأكثر أهل العلم.

قوله: (وقد قررناه فيما تقدم) أي: في النكاح وفي أدب القاضي.

قوله: (عندهما أيضًا) أي: يحجر بسبب الغفلة، وهو قول الشافعي.

وعند مالك، وأحمد: لا يحجر بسبب الغفلة؛ لبلوغه وعقله ورشده.

ولو صالح السفيه لا يزول الحجر عنه إلا بالقضاء عند أبي يوسف، وبه قال الشافعي في وجه، وأحمد.

وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ بِسَبَبِ الغَفْلَةِ، وَهُوَ أَنْ يُغْبَنَ فِي التِّجَارَاتِ وَلَا يَصْبِرُ عَنْهَا لِسَلَامَةِ قَلْبِهِ لِمَا فِي الحَجْرِ مِن النَّظَرِ لَهُ.

فَصْلٌ فِي حَدِّ البُلُوغِ

قَالَ: (بُلُوغُ الغُلَامِ بِالِاحْتِلَامِ، وَالإِحْبَالِ، وَالإِنْزَالِ إِذَا وَطِئَ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فَحَتَّى يَتِمَّ لَهُ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ سَنَةً، وَبُلُوغُ الجَارِيَةِ بِالحَيْضِ، وَالِاحْتِلَامِ، وَالحَبَلِ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فَحَتَّى يَتِمَّ لَهَا سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِذَا

وعند محمد: يزول بغير قضاء، وبه قال الشافعي في وجه آخر.

وفي الإفلاس لا يزول الحجر عنه إلا بالقضاء بالاتفاق.

فَصْلٌ فِي حَدِّ الْبُلُوغِ

لما ذكر أن الصغر من أسباب الحجر لا بد من بيان انتهائه فشرع في بيانه.

اعلم أن في بلوغ الغلام بالإحبال، وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل إجماع العلماء؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**رُفِعَ القلمُ عَنِ الصَّبيِّ حتّى يَحْتَلِمَ**»(١).

وأما الإنبات: فهو نبت الشعر حول الذكر وفرج المرأة، بحيث يستحق أخذه بموسى.

علامة البلوغ عند أحمد ومالك والشافعي لا اعتبار له في قولنا.

وأما الزغب الضعيف لا اعتبار له بالاتفاق، إلا في قول من الشافعي، فإنه في حق المسلمين بلوغ.

لهم ما روي أنه عليه الصلاة والسلام أمر بأن يقتل مقاتل بني قريظة، وتسبى ذراريهم، وأمر بأن يكشف عن مؤتزرهم، فمن أنبت فهو من المقاتلة،

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١٤٠ رقم ٤٤٠١)، والترمذي (٣/ ٨٤ رقم ١٤٢٣)، وابن ماجه (١/ ٦٥٩ رقم ٢٠٤٢)، وابن خزيمة (٢/ ١٠٢ رقم ١٠٠٣)، وابن حبان (١/ ٣٥٦ رقم ١٤٣)، والحاكم (١/ ٢٥٧ رقم ٩٤٩) من حديث علي بن أبي طالب ﷺ.

قال الترمذي: حديث حسن غريب من هذا الوجه، قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

تَمَّ الغُلَامُ وَالجَارِيَةُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً فَقَدْ بَلَغَا)(*)، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَعَنْهُ فِي الغُلَامِ تِسْعَ عَشْرَةَ سَنَةً. وَقِيلَ: المُرَادُ أَنْ يَطْعَنَ فِي التَّاسِعِ عَشْرَةَ سَنَةً، وَيَتِمُّ لَهُ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ سَنَةً فَلَا اخْتِلَافَ. وَقِيلَ: فِيهِ اخْتِلَافُ الرِّوَايَةِ، لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: حَتَّى يَسْتَكْمِلَ تِسْعَ عَشْرَةَ سَنَةً، أَمَّا العَلَامَةُ: فَلِأَنَّ البُلُوغَ بِالإِنْزَالِ حَقِيقَةً، وَالحَبَلُ وَالإِحْبَالُ لَا يَكُونُ إِلَّا مَعَ الإِنْزَالِ، وَكَذَا الحَيْضُ فِي أَوَانِ

ومن لم ينبت ألحقه بالذرية.

وكتب عمر إلى عامله أن لا يأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه المواسي، ولأنه خارج علامة البلوغ غالبًا، ويستوي فيه الذكر والأنثى، فكان عَلَمًا على البلوغ كخروج المني.

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «**رُفِعَ عَنِ الصَّبِيِّ حتّى يَحْتَلِمَ**»، فعلم أن قبل الاحتلام بمجرد النبات لا يحكم ببلوغه، ولهذا لا يحكم بالزغب الضعيف، ولأنه نبات شعر فأشبه نبات سائر شعر الإنسان، ولأن البلوغ عبارة عن بلوغ الإنسان كمال الحال، وذلك بكمال القوة، والقوة من حيث الأسباب والآلات استعمال الجوارح وارتفاع الموانع، وذا لا يتحقق على الكمال إلا عند الاحتلام، إذ استعمال سائر الجوارح ثابت، إلا استعمال هذه الآلة فيما وضع له، وهو قضاء الشهوة على الكمال، وكمالها بالإنزال.

وما روى الخصم يمكن أن يكون قبل هذا الحديث، أو ألحقه بالمقاتلة باعتبار قتالهم، إذ في بعض ألفاظ الحديث فقتل من جرت عليه المواسي، وفي بعضها اخضر إزاره، ومعلوم أنه [٢/ ٣٥٥/ أ] لا يبلغ هذا الحال إلا بعد البلوغ.

وفي هذا الحديث رجل مجهول لا يعرف إلا بهذا الخبر، مع أن الحديث يعارضه وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**حَتّى يَحْتَلِمَ**»، وأثر عمر يدل على أخذ الجزية ممن جرت به المواسي، وذلك يكون في الغالب بعد البلوغ، وأما قولهم: إنه يلازمه البلوغ غير مُسَلَّم، فإنه قد يكون بدون البلوغ كما في الزغب الضعيف، فإذا لم توجد هذه العلامات يعتبر السن.

فعند أبي حنيفة حتى يتم الغلام ثماني عشرة سنة، وعن أبي حنيفة في

(*) الراجح: قول الصاحبين.

الحَبَلِ، فَجُعِلَ كُلُّ ذَلِكَ عَلَامَةَ البُلُوغِ، وَأَدْنَى المُدَّةِ لِذَلِكَ فِي حَقِّ الغُلَامِ اثْنَتَا عَشْرَةَ سَنَةً، وَفِي حَقِّ الجَارِيَةِ تِسْعُ سِنِينَ. وَأَمَّا السِّنُّ: فَلَهُمْ العَادَةُ الفَاشِيَةُ ....

الغلام تسعة عشر سنة[١]، وفي الجارية حتى تتم سبع عشرة سنة.

(وهو قول الشافعي)[٢] أي: قولهما قول الشافعي وأحمد، وعليه الفتوى.

وقال داود: لا حد للبلوغ من السن؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**رُفِعَ القلمُ عَنِ الصَّبيِّ حتّى يَحْتَلِمَ**»، وإثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر وهذا قول مالك وقال أصحاب مالك بسبع عشرة سنة أو ثماني عشرة كقول أبي حنيفة.

قوله: (ثماني عشرة[٣] سنة)[٤] بفتح العددين للتركيب، وحذف التاء من ثمانية وإثباتها في عشرة، وتكسر الشين في عشرة وتسكن، وكذلك في سبع عشرة.

وفي ذيل المُغرِب: إذا جاوزت العشرة أسقطنا التاء من العشرة في المذكر، وأثبتناها في المؤنث، وكسرت الشين وأسكنتها، وما ضممت إلى العشرة باق على حاله أي: يثبت التاء في المذكر، ويسقطها في المؤنث، إلا الواحد يقول في المذكر: أحد عشر، وفي المؤنث أحد عشرة، وفي الثاني والثانية والعاشر والعاشرة عادوا إلى الأصل، يقولون في المذكر: الثاني عشر، والتاسع عشر، وفي المؤنث: الثانية عشرة، والتاسعة عشرة، [يبني][٥] الاسمين على الفتح، فعلى هذا القياس يجب أن يقال في قوله.

وقيل: المراد أن يطعن في التاسعة عشرة، إذ التمييز فيه السنة، فكان التمييز مؤنثًا إلا إذا أريد بها العدد أي عدد السنين فحينئذ يجوز أن يقال في تاسع عشر. **(وعنه)**[٦] أي: عن أبي حنيفة.

قوله: (ولهم) أي: لأبي يوسف، ومحمد، وأحمد، والشافعي: **(العادة الفاشية)** أي: الغالبة، أن العلامات تظهر في هذه المدة، فجعلناها علامة للبلوغ.

ولأنه روي أن ابن عمر قال: عُرِضْتُ على النبي عليه الصلاة والسلام يوم

---

(١) كذا في الأصول الخطية، وسيأتي كلامه على تراكيب الأعداد قريبًا.
(٢) انظر المتن ص ٥٠٢.
(٣) في الأصل: (ثمانية عشر)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٤) انظر المتن ص ٥٠٢.
(٥) في الأصل، (بتبين)، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٦) انظر المتن ص ٥٠٣.

أَنَّ البُلُوغَ لَا يَتَأَخَّرُ فِيهِمَا عَنْ هَذِهِ المُدَّةِ. وَلَهُ: قَوْله تَعَالَى: ﴿حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الإسراء: ٣٤] وَأَشُدُّ الصَّبِيِّ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ سَنَةً، هَكَذَا قَالَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ وَتَابَعَهُ القُتَبِيُّ، وَهَذَا أَقَلُّ مَا قِيلَ فِيهِ، فَيُبْنَى الحُكْمُ عَلَيْهِ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ، غَيْرَ أَنَّ الإِنَاثَ نُشُوؤُهُنَّ وَإِدْرَاكُهُنَّ أَسْرَعُ فَنَقَصْنَا فِي حَقِّهِنَّ سَنَةً لِاشْتِمَالِهَا عَلَى الفُصُولِ الأَرْبَعَةِ الَّتِي يُوَافِقُ وَاحِدٌ مِنهَا المِزَاجَ لَا مَحَالَةَ.

قَالَ: (وَإِذَا رَاهَقَ الغُلَامُ، أَوْ الجَارِيَةُ الحُلُمَ، وَأَشْكَلَ أَمْرُهُ فِي البُلُوغِ، فَقَالَ:

أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يقبلني، ولم يرني بلغت وعرضت عليه -عليه الصلاة والسلام- يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فقَبِلَني، ورآني بلغت.

وعن أنس أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**إذا استكملَ المولودُ خمسَ عشرةَ سنةً كُتِبَ ما لَهُ وما علَيهِ، وأُقيمَتْ علَيهِ الحُدودُ**»[1].

قلنا: لا دلالة في حديث ابن عمر؛ لأنه عليه الصلاة والسلام لم يسأله عن الاحتلام، ولا عن السن، وإنما اعتبر قوته وضعفه، ومعنى قوله رآني بلغت أي: في القوة إلى حد القتال.

وحديث أنس غريب، فلم يعارض ظاهر الآية، والحديث المشهور وهو قوله «**حتى يحتلم**» اذ ظاهر قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُواْ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ﴾ [النور:٥٨] ينفي أن يكون مدة البلوغ خمس عشرة سنة، وكذا الآية المذكورة في المتن.

قوله: (وهذا أقل ما قيل) أي: قول ابن عباس أقل ما قيل فيه.

فإن بعض السلف قال: أقله اثنان وعشرون سنة، فإنه حينئذ يصير جَدًّا فاسدًا، كما قلنا. وعن عمر: أقله خمس وعشرون سنة.

(فيبنى الحكم عليه) أي: على الأقل؛ لأنه هو المتيقن.

قوله: (لاشتمالها) أي: لاشتمال السنة على الفصول الأربعة، يعني زيادة سنة في حق الغلام؛ ليوافق فصلًا من الفصول فيستوي مزاجه.

قوله: (وإذا راهق) أي: قرب ودنا، يقال: راهقه رهقا أي: دنا منه، كذا

---

(١) قال البيهقي: وروى قتادة عن أنس مرفوعا: الصبيُّ إذا بلغ خمس عشرة أقيمت عليه الحدود. وإسناده ضعيف. السنن الكبرى (٦/ ٥٦)، وكذا ضعفه ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/ ٩٣).

قَدْ بَلَغْتُ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، وَأَحكَامُهُ أَحْكَامُ البَالِغِينَ) لِأَنَّهُ مَعْنًى لَا يُعْرَفُ إِلَّا مِن جِهَتِهِمَا ظَاهِرًا، فَإِذَا أَخْبَرَا بِهِ وَلَمْ يُكَذِّبْهُمَا الظَّاهِرُ قُبِلَ قَوْلُهُمَا فِيهِ، كَمَا يُقْبَلُ قَوْلُ المَرْأَةِ فِي الحَيْضِ.

بَابُ الحَجْرِ بِسَبَبِ الدَّيْنِ

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا أَحْجُرُ فِي الدَّيْنِ، وَإِذَا وَجَبَتْ دُيُونٌ عَلَى رَجُلٍ وَطَلَبَ غُرَمَاؤُهُ حَبْسَهُ وَالحَجْرَ عَلَيْهِ: لَمْ أَحْجُرْ عَلَيْهِ) لِأَنَّ فِي الحَجْرِ إِهْدَارَ أَهْلِيَّتِهِ، فَلَا يَجُوزُ لِدَفْعِ ضَرَرٍ خَاصٍّ.

(فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ لَمْ يَتَصَرَّفْ فِيهِ الحَاكِمُ) لِأَنَّهُ نَوْعُ حَجْرٍ، وَلِأَنَّهُ تِجَارَةٌ لَا عَنْ تَرَاضٍ، فَيَكُونُ بَاطِلًا بِالنَّصِّ (وَلَكِنْ يَحْبِسُهُ أَبَدًا حَتَّى يَبِيعَهُ فِي دَيْنِهِ) إِيفَاءً لِحَقِّ

في المغرب. وأدنى السن الذي يعتبر قوله بالبلوغ اثني عشرة سنة، وفي حق الجارية تسع سنين، كذا في فتاوي قاضي خان، وفتاوى الظهيرية.

بَابُ الْحَجْرِ بِسَبَبِ الدَّيْنِ

وإنما أخر هذا الحجر من حجر السفيه؛ لأن هذا الحجر موقوف على طلب الغرماء، فيكون فيه وصف زائد يتوقف الحجر بعد المشاركة في سببية الحجر.

الكلام في هذا الحجر في موضعين:

أحدهما: أن من ركبه الديون، وليس في ماله وفاء به، وخيف أن يلجئ ماله بطريق الإقرار، أو ببيع التلجئة، وطلب الغرماء من القاضي الحجر عليه لا يحجر عليه عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف، ومحمد، والشافعي، ومالك، وأحمد: يحجر عليه.

[٢/ ٣٥٥/ب] والثاني: أنه لا يباع على المديون ماله في قول أبي حنيفة، خلافًا لهم العروض والعقار فيه سواء عنده، إلا مبادلة أحد النقدين بالآخر، فللقاضي أن يفعل ذلك عنده استحسانا؛ لقضاء دينه، كذا في المبسوط.

وفي الذخيرة: قال بعض مشايخنا: مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالإفلاس؛ لأن من شرط صحة الحجر على المديون القضاء

الغُرَمَاءِ، وَدَفْعًا لِظُلْمِهِ (وَقَالَا: إِذَا طَلَبَ غُرَمَاءُ المُفْلِسِ الحَجْرَ عَلَيْهِ، حَجَرَ القَاضِي عَلَيْهِ، وَمَنَعَهُ مِن البَيْعِ وَالتَّصَرُّفِ وَالإِقْرَارِ حَتَّى لَا يَضُرَّ بِالغُرَمَاءِ)(*) لِأَنَّ الحَجْرَ عَلَى السَّفِيهِ إِنَّمَا جَوَّزَاهُ نَظَرًا لَهُ، وَفِي هَذَا الحَجْرِ نَظَرٌ لِلْغُرَمَاءِ، لِأَنَّهُ عَسَاهُ يُلْجِئُ مَالَهُ فَيَفُوتُ حَقُّهُمْ، وَمَعْنَى قَوْلِهِمَا: «وَمَنَعَهُ مِن البَيْعِ» أَنْ يَكُونَ بِأَقَلَّ مِن ثَمَنِ المِثْلِ، أَمَّا

بإفلاسه أولًا، ثم الحجر بناء عليه، ولهذا لا يصح حجره من غير القضاء بإفلاسه بالإجماع، والإفلاس لا يتحقق عنده حال حياته؛ لأن مال الله غاد ورائح.

وقال بعضهم: هذه مسألة ابتدائه، فعلى هذا القول المانع من الحجر عنده تضمنه إلحاق الضرر بالمحجور، لا تعلق له بالقضاء بالإفلاس. لهم حديث معاذ روى الدارقطني عن كعب بن مالك، عن أبيه: أن رسول الله عليه الصلاة والسلام حجر على معاذ ماله في دين كان عليه.

وعن عبد الرحمن بن كعب قال: كان معاذ شابًّا سخيًّا، وكان لا يمسك شيئًا، فلم يزل يُدانُ حتى أغرق ماله في الدين، فأتى غرماؤه النبي عليه الصلاة والسلام فكلمهم، فلَو تُرِكَ أحدٌ لِأَجْلِ أَحَدٍ لَتُرِكَ معاذٌ لأجْلِ رَسولِ اللهِ ﷺ، فباع رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء.

قال بعض أهل العلم: إنما لم يترك الغرماء لمعاذ حين كلمهم النبي عليه الصلاة والسلام؛ لأنهم كانوا يهودًا، ولأن في حَجْرِهِ نظرًا للغرماء، فكما يحجر نظرًا له لسفهه، فكذا يحجر عليه نظرًا للمسلمين، ولأنه امتنع عن إيفاء حق مستحق عليه، إذ بيع ماله بقضاء دينه مستحق عليه، بدليل أنه يحبس إذا امتنع منه، وهو مما تجري فيه النيابة، فناب القاضي منابه، كما في الذمي إذا أسلم عبده وأبى أن يبيعه، باعه القاضي عليه، وكما في العنين أو المجنون إذا أبى أن يفارق امرأته، ناب القاضي منابه.

قوله: (**لأنه**) أي: المفلس المديون (**عساه يلجئ ماله**) أي: ببيع تلجئة من عظيم، لا يمكن الانتزاع من يده، أو يقرُّ له بماله، (**فيفوت حقهم**) أي: حق الغرماء، وله أن في الحجر عليه إهدار أقواله، وإلحاقه بالبهائم، فلا يجوز لدفع

(*) الراجح: قول الصاحبين.

البَيْعُ بِثَمَنِ المِثْلِ لَا يُبْطِلُ حَقَّ الغُرَمَاءِ وَالمَنْعُ لِحَقِّهِمْ فَلَا يُمْنَعُ مِنهُ. قَالَ: (وَبَاعَ مَالَهُ إِنْ امْتَنَعَ المُفْلِسُ مِن بَيْعِهِ، وَقَسَمَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ بِالحِصَصِ عِنْدَهُمَا) لِأَنَّ البَيْعَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ لِإِيفَاءِ دَيْنِهِ حَتَّى يُحْبَسَ لِأَجْلِهِ، فَإِذَا امْتَنَعَ نَابَ القَاضِي مَنَابَهُ كَمَا فِي الجَبِّ وَالعِنَّةِ. قُلْنَا: التَّلْجِئَةُ مَوْهُومَةٌ، وَالمُسْتَحَقُّ قَضَاءُ الدَّيْنِ، وَالبَيْعُ لَيْسَ بِطَرِيقٍ مُتَعَيِّنٍ لِذَلِكَ، بِخِلَافِ الجَبِّ وَالعِنَّةِ ....

ضرر خاص، ولا يجوز بيع ماله بغير رضاه؛ لأنه نوع حجر؛ لأن بيع ماله غير مستحق لقضاء الدين لإمكان أدائه بوجه آخر، فلا يكون للقاضي أن يباشر ذلك عليه عند امتناعه، كما في الإجارة والتزويج، إذ يمكنه قضاؤه بالاستقراض والاستيهاب، ولأن بيع ماله بغير رضاه تجارة عن غير تراض، فيكون باطلًا؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩].

وقال عليه السلام: «**لَا يَحِلُّ مالُ امرئٍ مُسلمٍ إلّا بِطيبَةِ نفسٍ مِنهُ**»[(١)] ونفسه لا تطيب ببيع القاضي ماله عليه، فلا ينبغي له أن يفعله، ولكن يحبسه حتى يبيع في دينه إبقاء لحق الغرماء، ودفعا (للظلمة)[(٢)] الذي تحقق بالامتناع عن قضاء الدين منه.

والحبس للدين مشروع بالإجماع، وأما حديث معاذ حكاية حال، فيحتمل أن يكون برضاه، مع أن حديثه مرسل، وهو ليس بحجة عند الخصم.

وأما خوف التلجئة فموهوم، فلا يجعل كالمتحقق، ثم الضرورة في إهدار قوله متحقق فلا يعارضه الموهوم، وهذا معنى **قوله**: (**قلنا: التلجئة موهومة**) إلى آخره.

قوله: (بخلاف الجَبِّ والعِنَّةِ)[(٣)] فإن التفريق متعين هناك؛ لأنه لم يمكنه

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٧٢ رقم ٢٠٧١٤)، والدارقطني (٣/ ٤٢٤ رقم ٢٨٨٦)، والبيهقي في "السنن الكبرى" (٦/ ١٠٠ رقم ١١٨٧٧) من حديث أبي حرة الرقاشي، عن عمه رضي الله عنه.
وضعفه ابن حجر في "تلخيص الحبير" (٣/ ١١٣)، والبوصيري في "إتحاف الخيرة المهرة" (٢٩٠١).

(٢) هكذا في نسخة المخطوط والصواب: (للظلم).

(٣) في الأصل: (واللعنة)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَالحَبْسُ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ بِمَا يَخْتَارُهُ مِن الطَّرِيقِ، كَيْفَ وَلَوْ صَحَّ البَيْعُ كَانَ الحَبْسُ إِضْرَارًا بِهِمَا بِتَأْخِيرِ حَقِّ الدَّائِنِ وَتَعْذِيبِ المَدْيُونِ فَلَا يَكُونُ مَشْرُوعًا. قَالَ: (وَإِنْ كَانَ دَيْنُهُ دَرَاهِمَ، وَلَهُ دَرَاهِمُ: قَضَى القَاضِي بِغَيْرِ أَمْرِهِ) وَهَذَا بِالإِجْمَاعِ، لِأَنَّ لِلدَّائِنِ حَقَّ الأَخْذِ مِن غَيْرِ رِضَاهُ، فَلِلْقَاضِي أَنْ يُعِينَهُ (وَإِنْ كَانَ دَيْنُهُ دَرَاهِمَ وَلَهُ دَنَانِيرُ، أَوْ عَلَى ضِدِّ ذَلِكَ: بَاعَهَا القَاضِي فِي دَيْنِهِ) ....

الإمساك بالمعروف، فناب القاضي منابه، أما هاهنا لقضاء الدين، فإنه يمكنه الاستقراض، والاستيهاب، وسؤال الصدقة من الناس، فلا يكون للقاضي تعيين هذه الجهة عليه بمباشرة بيع ماله، وكذا إخراج العبد المسلم عن ملك الذمي مستحق عليه بالبيع، فينوب القاضي منابه.

قوله: (والحبس لقضاء الدين) إلى آخره، جواب عن قولهما: حتى يحبس بالرفع، وليست حتى للغاية، بل الحبس ثابت مطلقًا، يعني الحبس ليس لبيع ماله لقضاء الدين، بل الحبس لأجل أن يختار قضاء دينه بأي شيء كان من البيع والاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة، فكان في جواز الحبس أقوى دليل لأبي حنيفة؛ لأن العلماء لما اتفقوا على جواز الحبس في الدين، يعلم أن ليس للقاضي ولاية بيع ماله؛ لأنه لو جاز لكان الاشتغال بالحبس إضرارًا بالغرماء بتأخر حقهم بغير حاجة، وتعذيب المديون بلا فائدة، فلا يكون مشروعًا، فكان جواز الحبس دليلًا واضحًا على عدم جواز بيع القاضي ماله، وهذا من أحاسن القلب، حيث [٢/ ٣٥٦/أ] جعل دليل الخصم دليل نفسه عليهم، كذا في المبسوط.

قوله: (بأقل من المثل)[١] حتى لو باع بأقل من ثمن المثل يخير المشتري بين إزالة الغبن وبين الفسخ، ولو باع من الغريم بثمن المثل، وجعل الثمن له بالدين، إن كان الغريم واحدًا يجوز، كما في المقاصة، وإلا يجوز البيع بثمن المثل كالأجنبي، ولا يجوز المقاصة لتعلق الغير به، ولو قضى دين بعض

---

(١) انظر المتن ص ٥٠٧.

وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ اسْتِحْسَانٌ. وَالقِيَاسُ: أَنْ لَا يَبِيعَهُ كَمَا فِي العُرُوضِ، وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ أَنْ يَأْخُذَهُ جَبْرًا. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُمَا مُتَّحِدَانِ فِي الثَّمَنِيَّةِ وَالمَالِيَّةِ مُخْتَلِفَانِ فِي الصُّورَةِ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى الِاتِّحَادِ يَثْبُتُ لِلْقَاضِي وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الِاخْتِلَافِ يُسْلَبُ عَنْ الدَّائِنِ وِلَايَةُ الأَخْذِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ، بِخِلَافِ العُرُوضِ، لِأَنَّ الغَرَضَ يَتَعَلَّقُ بِصُوَرِهَا وَأَعْيَانِهَا، أَمَّا النُّقُودُ فَوَسَائِلُ فَافْتَرَقَا ....

الغرماء به، لا يملك فيه تخصيصه بقضاء دينه، وأنه محجور عنه كما في المريض مرض الموت، كذا في الذخيرة.

قوله: (وهذا عند أبي حنيفة استحسانٌ) خص أبا حنيفة؛ لأن الشبهة ترد على قوله: **(أنهما متحدان في الثمنية)**، فإنهما خلقا للثمنية والمالية، ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في حكم الزكاة، ولو كان ماله من جنس الدين صورة كالدراهم كان للقاضي أن يقضي دينه، فكذا إذا كان من جنسه معنًى.

وقوله: (بالنظر إلى الاختلاف) إلى آخره جواب سؤال يرد عليه، فإذا كان متحدًا معنًى ينبغي أن يكون لرب الدين أخذه متى ظفر به من غير قضاء، كما لو ظفر بجنس حقه، وبالإجماع ليس له ذلك فقال: هما جنسان: صورة، وحقيقة، ولهذا لا يجرى بينهما ربا الفضل؛ للاختلاف، فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاء التصرف.

ولهذا جعل ابن أبي ليلى أن يأخذ رب الدين أحد النقدين بالآخر من غير قضاء ولا رضى، فجعلنا للقاضي ولاية الاجتهاد هنا في مبادلة أحد النقدين بالآخرين لقضاء الدين، ولا يوجد هذا المعنى في سائر الأموال، وفيه إضرار بالمديون؛ لإبطال حقه من عين ملكه في الأعيان، وللقاضي ولاية النظر للغرماء على وجه لا يلحق الضرر فوقه على المديون، بخلاف النقدين لما ذكرنا من الاتحاد، وبالنظر إلى الاختلاف حقيقة يسلب عن رب الدين ولاية الأخذ عملًا بالشبهتين، ولم يعكس؛ لأنه حينئذٍ يلزم ترك الأخذ بأحد الشبهتين؛ لأن ولاية القاضي أعم وأقوى، فلو ثبت للغريم ولاية الأخذ مع قصور ولايته فيثبت للقاضي أيضًا لقوته أولى.

(وَيُبَاعُ فِي الدَّيْنِ النُّقُودُ، ....

قوله: (ويباع في الدين النقود) إلى آخره، في الذخيرة: فعلى قولهما يبيع القاضي ماله، ولكن يبدأ بدنانيره إذا كان الدين دراهم، فإن فضل الدين عن ذلك يبيع العروض أولًا لا العقار؛ لأن العروض معدة للتلف، والتصرف، والاسترباح عليه، فلا يلحقه كبير ضرر في بيعه وإن لم يفِ، فحينئذٍ يبيع العقار، وأما بدون ذلك فلا يبيعه؛ لأن العقار أعد للاقتناء، فيلحقه ضرر كبير، وهذا الذي ذكره رواية عنهما، وفي رواية يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التلف من عروضه، ثم يبيع ما لا يخشى عليه التلف، ثم يبيع العقار.

فالحاصل: أن القاضي نصب ناظرًا، فينبغي أن ينظر للمديون فيبيع ما كان أنظر له، وبيع ما يخشى عليه التلف أنظر، ثم قال: إذا كان للمديون ثياب يلبسها، ويمكنه أن يجتزئ بدون ذلك يبيع ثيابه، ويشتري بثمنه ثوبا يلبسه، وما فضل يقضي دينه؛ لأن ذلك للتجمل، وقضاء الدين فرض عليه، وعلى هذا لو كان له مسكن ويمكنه أن يجتزئ بما دون ذلك يبيع المسكن ويشتري بثمنه ما يجتزئ، وما فضل يقضي دينه، ولا تباع داره التي لا غنى له عن سكناها، وبه قال أحمد.

وقال الشافعي، ومالك: تباع، ويستأجر من ثمنه مسكنًا له، ويقضي بالفضل دينه، لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال في الذي في ثمار ابتاعها(١)، فكثر دينه فقال لغرمائه: «**خُذُوا ما وَجَدْتُم**»(٢)، وهذا مما وجدوه، ولأنه عين مال المفلس، فوجب صرفه في ديونه كسائر أمواله.

وقلنا هذا مما لا غنى للمفلس عنه، فلم يصرف في دينه كثيابه وقوته.

والحديث قضية في عين يحتمل أنه لم يكن عقارًا ولا خادمًا، ويحتمل أنه عليه الصلاة والسلام [قال](٣) «**خُذُوا مَا وَجَدْتُم**» مما تصدق به عليه، فإنه المذكور قبل ذلك، فقد روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**تَصَدَّقوا عَلَيْهِ**»

(١) كذا في الأصول الخطية، ولعل صوابها: ([أصيب] في ثمار ابتاعها) كما في الحديث.
(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١١٩١ رقم ١٥٥٦) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

ثُمَّ العُرُوض، ثُمَّ العَقَارُ، يُبْدَأُ بِالأَيْسَرِ فَالأَيْسَرِ) لِمَا فِيهِ مِن المُسَارَعَةِ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ مَعَ مُرَاعَاةِ جَانِبِ المَدْيُونِ (وَيُتْرَكُ عَلَيْهِ دَسْتٌ مِن ثِيَابِ بَدَنِهِ، وَيُبَاعُ البَاقِي) لِأَنَّ بِهِ كِفَايَةً، وَقِيلَ: دَسْتَانِ وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الأَئِمَّةِ الحَلْوَانِيِّ، لِأَنَّهُ إِذَا غَسَلَ ثِيَابَهُ لَا بُدَّ لَهُ مِن مَلْبَسٍ.

قَالَ: (فَإِنْ أَقَرَّ فِي حَالِ الحَجْرِ بِإِقْرَارٍ: لَزِمَهُ ذَلِكَ بَعْدَ قَضَاءِ الدُّيُونِ)، لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهَذَا المَالِ حَقُّ الأَوَّلِينَ، فَلَا يَتَمَكَّنُ مِن إِبْطَالِ حَقِّهِمْ بِالإِقْرَارِ لِغَيْرِهِمْ، بِخِلَافِ الِاسْتِهْلَاكِ، لِأَنَّهُ مُشَاهَدٌ لَا مَرَدَّ لَهُ (وَلَوْ اسْتَفَادَ مَالًا آخَرَ بَعْدَ الحَجْرِ: نَفَذَ إِقْرَارُهُ

فتصدقوا عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال عليه الصلاة والسلام «**خُذُوا مَا وَجَدْتُم**»[(١)] أي ما تصدق به عليه.

والظاهر: أنه لم [٢/ ٣٥٦/ ب] يتصدق عليه بدار هو محتاج إلى سكناها، ولا خادم هو محتاج إلى خدمته، ولا الحديث مخصوص بثيابه وقُوتِهِ، فيقيس عليه محل النزاع، وقياسهم ينتفض بذلك أيضًا.

وعن هذا قال مشايخنا: إنه يبيع ما لا يحتاج إليه في الحال كاللِّبدِ في الصيف، والنِّطْعِ في الشتاء، ذكره في الخلاصة، والمنية أيضًا، ولا يعلم فيه خلاف.

وفي شرح الطَّحاوي: لو باع القاضي أو أمينه مال المديون، فالعهدة على المطلوب لا على القاضي وأمينه حتى لو استحق المبيع، فإنه يرجع بالثمن على المطلوب لا على القاضي وأمينه[(٢)].

وقال الشافعي، وأحمد: على المديون، وقال مالك: على الغرماء إن كان الثمن جنس حقهم، وإلا على المديون.

قوله: (بخلاف الاستهلاك) حيث يصير المتلف عليه أسوة للغرماء بلا خلاف؛ لأن الحجر لا يصح في الفعل الحسي؛ لأنه لا مرد له.

وفي الذخيرة: لو كان سبب الدين ثابتًا عند القاضي بعلمه، أو بالشهادة بأن شهدوا على استقراضه، أو شرائه بمثل القيمة شارك الغرماء.

---

(١) الحديث السابق.

(٢) وقع تكرار في الأصل.

فِيهِ) لِأَنَّ حَقَّهُمْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ لِعَدَمِهِ وَقْتَ الحَجْرِ.

قَالَ: (وَيُنْفَقُ عَلَى المُفْلِسِ مِن مَالِهِ وَعَلَى زَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ الصِّغَارِ وَذَوِي أَرْحَامِهِ مِمَّنْ يَجِبُ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ) لِأَنَّ حَاجَتَهُ الأَصْلِيَّةَ مُقَدَّمَةٌ عَلَى حَقِّ الغُرَمَاءِ، وَلِأَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لِغَيْرِهِ فَلَا يُبْطِلُهُ الحَجْرُ، وَلِهَذَا لَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً كَانَتْ فِي مِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا أُسْوَةً لِلْغُرَمَاءِ. قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ لِلْمُفْلِسِ مَالٌ، وَطَلَبَ غُرَمَاؤُهُ حَبْسَهُ، وَهُوَ يَقُولُ: لَا مَالَ لِي، حَبَسَهُ ....

وعند الشافعي: لو أقر بدين لزمه قبل الحجر يلزمه في الأصح، وفي قول لا يلزمه، وهو قول مالك، وأحمد، وأبي يوسف، ومحمد.

وتصرفات المحجور من بيع أو هبة أو عتق لا تصح عند الشافعي في الأصح، وبه قال مالك، وأحمد، في غير العتق، وفي قول تصح، ويكون موقوفًا.

فإن قضى ديونه من غير نقض التصرف نفذ تصرفه، وإلا يفسخ منها الأضعف فالأضعف، يبدأ بالهبة، ثم بالبيع، ثم بالعتق.

وعند أحمد، وأبي يوسف، يصح عتقه؛ لأنه صدر عن مالك رشيد، ولا يقبل الفسخ.

وقال أحمد في رواية: لا يصح كالبيع، والهبة، وما فعله قبل الحجر يصح بلا خلاف.

قوله: (ويُنْفَقُ) على بناء المفعول (أي المفلس) المحجور المديون، (وعلى زوجته) إلى آخره ولا يعلم فيه خلاف لأحد، وكذا كسوتهم.

(لأنه حق ثابت لغيره) أي: لغير المفلس، وهومن تجب نفقته عليه فلا يبطله الحجر.

قوله: (حبسه) اعلم أن من وجب عليه دين حال فطولب به، ولم يؤده نظر الحاكم فإن كان له مال ظاهر أمره بالقضاء، وإن لم يكن له مال ظاهر وادعى الإعسار إن صدقه غريمه لم يحبس به، ووجب إنظاره لقوله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة:٢٨٠] فإن لم يصدقه غريمه، أما إن عرف له مال أو لا، فإن عرف

الحَاكِمُ فِي كُلِّ دَيْنٍ التَزَمَهُ بِعَقْدٍ كَالمَهْرِ وَالكَفَالَةِ) وَقَدْ ذَكَرْنَا هَذَا الفَصْلَ بِوُجُوهِهِ فِي كِتَابِ أَدَبِ القَاضِي مِن هَذَا الكِتَابِ، فَلَا نُعِيدُهَا، إِلَى أَنْ قَالَ: وَكَذَلِكَ إِنْ أَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ، يَعْنِي خَلَّى سَبِيلَهُ لِوُجُوبِ النَّظِرَةِ إِلَى المَيْسَرَةِ، وَلَوْ مَرِضَ فِي الحَبْسِ يَبْقَى فِيهِ إِنْ كَانَ لَهُ خَادِمٌ يَقُومُ بِمُعَالَجَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَخْرَجَهُ تَحَرُّزًا عَنْ هَلَاكِهِ، وَالمُحْتَرِفُ فِيهِ لَا يُمَكَّنُ مِن الِاشْتِغَالِ بِعَمَلِهِ، هُوَ الصَّحِيحُ، ....

ماله، وثبت الدين بالمعاوضة حبسه، وإن لم يعرف وأقام بينة على إعساره وجب إنظاره، لما تلونا.

قال ابن المنذر: أكثر العلماء وفقهاء الأمصار يرون الحبس في الدين إلا عمر بن عبد العزيز، والليث بن سعد، وعبيد الله بن جعفر، ولا يحبس ويقسم ماله، إن كان وقد مر هذا الفصل بوجهه في كتاب القضاء ثم إقامة البينة على الإعسار مقبولة.

وبه قال الشافعي، وأحمد، إن كان الشاهد أهل خبرة ومخالطة.

وقال مالك: لا تقبل البينة على الإعسار؛ لأنه شهادة على النفي.

وقلنا: إن الشهادة على النفي إنما لم تقبل إذا لم تكن في ضمن حق.

قوله: (تحرزا عن الهلاك) لأنه لا يجوز الإهلاك لمكان الدين، ألا ترى أنه لو توجه إليه الهلاك بالمخمصة كان له أن يدفعه بمال الغير، فكيف يجوز إهلاكه لأجل مال الغير؟

وعن أبي يوسف: لا يخرجه أيضًا؛ لأن الهلاك لو كان بسبب المرض وأنه في الحبس وغيره سواء.

وقوله: (وهو الصحيح) احتراز عما قال بعض مشايخنا: لا يمنع من الاكتساب فيه.

وبه قال الشافعي في الأصح؛ لأن فيه نظرًا للجانبين؛ لأن نفقته ونفقة عياله عليه، فيمكن من الكسب.

وقال الخصاف: الأصح أنه يمنع منه، وبه قال الشافعي في قول، ليضجر

لِيَضْجَرَ قَلْبُهُ فَيَنْبَعِثَ عَلَى قَضَاءِ دَيْنِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ لَهُ جَارِيَةٌ وَفِيهِ مَوْضِعٌ يُمْكِنُهُ فِيهِ وَطْؤُهَا لَا يُمْنَعُ عَنْهُ، لِأَنَّهُ قَضَاءُ إِحْدَى الشَّهْوَتَيْنِ فَيُعْتَبَرُ بِقَضَاءِ الْأُخْرَى. قَالَ: (وَلَا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ بَعْدَ خُرُوجِهِ مِن الحَبْسِ، بل يُلَازِمُونَهُ وَلَا يَمْنَعُونَهُ مِن التَّصَرُّفِ وَالسَّفَرِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لِصَاحِبِ الحَقِّ يَدٌ وَلِسَانٌ» أَرَادَ بِاليَدِ المُلَازَمَةَ وَبِاللِّسَانِ التَّقَاضِيَ. قَالَ: (وَيَأْخُذُونَ فَضْلَ كَسْبِهِ، يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ بِالحِصَصِ) لِاسْتِوَاءِ حُقُوقِهِمْ فِي القُوَّةِ (وَقَالَا: إِذَا فَلَّسَهُ الحَاكِمُ حَالَ بَيْنَ الغُرَمَاءِ

قلبه فيسارع إلى القضاء ولو لم يمنع منه لا يلحقه الضجر؛ لأن السجن حينئذٍ يصير له بمنزلة الحانوت، فلا يحصل المقصود، كذا في الذخيرة.

قوله: (يقسم بينهم بالحصص) هذا إذا أخذ أرباب الديون كسبه بغير اختياره، أو قسمه القاضي بغير اختياره، أما المديون لو آثر بعض غرمائه باختياره فله ذلك، ولهذا لو حبسوه [٢/ ٣٥٧/ أ] بدينهم في مجلس القاضي فإذا كان المديون حاضرًا يقضي ديونهم بنفسه، وله أن يؤثر البعض على البعض، ولو كان غائبًا فالقاضي يقسم بينهم بالحصص، وليس له أن يؤثر البعض على البعض عندنا، ذكره في الذخيرة، وفتاوى النسفي.

قوله: (وقالا) أي أبو يوسف، ومحمد **(إذا فلسه الحاكم)** يعني متى ثبت إعساره لم يمكن لأحد مطالبته وملازمته، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

لأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام: «**لِصَاحِبِ الحَقِّ**»، الحديث.

ووجه التمسك به أن الحديث مطلق، فيتناول الزمان الذي بعد الإطلاق، والقضاء بالإفلاس لا يتحقق، فيكون معسرًا قطعًا، والآية تتناول المعسر قطعًا، فلا يكون الحديث معارضًا للآية.

وهم يقولون: ليس لصاحب الحق بعد إعساره مطالبة بالنص، كما لو كان دينه مؤجلًا.

قال في المغني لابن قدامة: والحديث فيه مقال يحمل على الموسر، بدليل ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه: «**خُذوا مَا وَجَدْتُم وليسَ لَكُم إلّا ذَلِكَ**» رواه مسلم، والترمذي.

وَبَيْنَهُ إِلَّا أَنْ يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ أَنَّ لَهُ مَالًا)(*) لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِالإِفْلَاسِ عِنْدَهُمَا يَصِحُّ، فَتَثْبُتُ الْعُسْرَةُ وَيَسْتَحِقُّ النَّظِرَةَ إِلَى الْمَيْسَرَةِ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: لَا يَتَحَقَّقُ الْقَضَاءُ بِالإِفْلَاسِ، لِأَنَّ مَالَ اللَّهِ تَعَالَى غَادٍ وَرَائِحٌ، وَلِأَنَّ وُقُوفَ الشُّهُودِ عَلَى عَدَمِ الْمَالِ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا ظَاهِرًا، فَيَصْلُحُ لِلدَّفْعِ لَا لِإِبْطَالِ حَقِّ الْمُلَازَمَةِ. وَقَوْلُهُ: «إِلَّا أَنْ يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ» إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ بَيِّنَةَ الْيَسَارِ تَتَرَجَّحُ عَلَى بَيِّنَةِ الإِعْسَارِ، لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا، إِذْ الأَصْلُ هُوَ الْعُسْرَةُ. وَقَوْلُهُ فِي الْمُلَازَمَةِ: «لَا يَمْنَعُونَهُ مِن التَّصَرُّفِ وَالسَّفَرِ» دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ يَدُورُ مَعَهُ أَيْنَمَا دَارَ وَلَا يُجْلِسُهُ فِي مَوْضِعٍ، لِأَنَّهُ حَبْسٌ (وَلَوْ دَخَلَ دَارَهُ لِحَاجَتِهِ،

وفي كلامه نوع تأمل؛ لأنه ذكر قبل هذا أن ذلك فيما تصدق عليه إلى آخر ما ذكرنا.

قوله: (على بينة الإعسار) وفي بعض النسخ **(على بينة اليسار)** فاليسار اسم للإيسار من أيسر إذا استغنى، والإعسار مصدر أعسر، أي: افتقر، واليسار(١) في معناه خطأ، كذا في المغرب(٢).

وقيل في جوابه: ذكر اليسار على طريق الازدواج، ويغير اللفظ عن موضوعه للازدواج كما ذكر في الكشاف في تقريره قوله تعالى: ﴿شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ [المائدة: ٢] فقال: قد غَيَّروا كثيرًا من كلامهم عن قوانينه لأجل الازدواج.

قوله: (لأنه حبس) أي: إجلاسه في موضع حبس له، وليس له حبس الحق.

وعن محمد: للمدعي أن يجلسه في مسجد حيّه، وإن شاء في بيته؛ لأنه ربما يطوف به في الأسواق والسكك من غير حاجة، فيتضرر به المدعي، وفي رواية منه يلازمه حيث أحب في المصر، ولو كان لا معيشة له إلا من كسبه لا يمنعه أن يسعى في مقدار قوته يومًا، فإذا حصل ذلك القدر في يومه فله منعه من الذهاب في ذلك ويحبسه.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.
(١) كذا في الأصل والنسخة الثالثة: (اليسار)، وفي المغرب: (العسار).
(٢) المغرب للمطرزي (ص٣١٥).

لَا يَتْبَعُهُ، بَلْ يَجْلِسُ عَلَى بَابِ دَارِهِ إِلَى أَنْ يَخْرُجَ) لِأَنَّ الإِنْسَانَ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ لَهُ مَوْضِعُ خَلْوَةٍ، وَلَوْ اخْتَارَ المَطْلُوبُ الحَبْسَ وَالطَّالِبُ المُلَازَمَةَ فَالخِيَارُ إِلَى الطَّالِبِ، لِأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي حُصُولِ المَقْصُودِ لِاخْتِيَارِهِ الأَضْيَقَ عَلَيْهِ، إِلَّا إِذَا عَلِمَ القَاضِي أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِ بِالمُلَازَمَةِ ضَرَرٌ بَيِّنٌ بِأَنْ لَا يُمَكِّنَهُ مِن دُخُولِهِ دَارَهُ فَحِينَئِذٍ يَحْبِسُهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ (وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ لِلرَّجُلِ عَلَى المَرْأَةِ لَا يُلَازِمُهَا) لِمَا فِيهَا مِن الخَلْوَةِ بِالأَجْنَبِيَّةِ، وَلَكِنْ يَبْعَثُ امْرَأَةً أَمِينَةً تُلَازِمُهَا.

قَالَ: (وَمَنْ أَفْلَسَ وَعِنْدَهُ مَتَاعٌ لِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ: ابْتَاعَهُ مِنهُ فَصَاحِبُ المَتَاعِ أُسْوَةٌ لِلْغُرَمَاءِ فِيهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَحْجُرُ القَاضِي عَلَى المُشْتَرِي بِطَلَبِهِ.

قوله: (لا يتبعه) وفي الذخيرة: هذا إذا لم يُعِدَّ له موضعًا لغائط أو بول، فأما إذا أعدَّ موضعًا آخر له أن يمنعه عن الدخول في بيته، حتى لا يهرب من جانب آخر، وفي الأقضية: إذا كان عملُ الملزوم سَقْيَ الماء ونحوه لا يمنعه من ذلك، إلا إذا كفاه نفقته ونفقة عياله، وهكذا في الدخول في البيت، كما ذكره في الذخيرة.

قوله: (لأنه أبلغ) أي: لأن ما اختاره الطالب من الملازمة أبلغ **(في حصول المقصود)** وهو قضاء الدين؛ لأن ملازمة من لا يجانسه أشد من كل شديد.

قوله: (ومن أفلس وعنده) أي: عند المفلس.

(ابتاعه منه) أي: اشتراه من ذلك الرجل **(فصاحب المتاع أسوة للغرماء)** أي: مساوٍ للغرماء **(فيه)** أي: في المتاع، وبه قال الحسن، والنخعي، وابن شبرمة.

(وقال الشافعي: يحجر القاضي على المشتري بطلبه) أي: بِطلب البائع، إلا أن يشاركه، وبه قال مالك، وأحمد، والأوزاعي، وإسحاق، وأبو ثور، وابن المنذر.

وروي ذلك عن عثمان، وعلي، وأبي هريرة.

لهم حديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**مَنْ أدركَ متاعَهُ بِعَيْنِهِ**

ثُمَّ لِلْبَائِعِ خِيَارُ الفَسْخِ، لِأَنَّهُ عَجَزَ المُشْتَرِي عَنْ إِيفَاءِ الثَّمَنِ فَيُوجِبُ ذَلِكَ حَقَّ الفَسْخِ كَعَجْزِ البَائِعِ عَنْ تَسْلِيمِ المَبِيعِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، وَمِن قَضِيَّتِهِ المُسَاوَاةُ وَصَارَ كَالسَّلَمِ. وَلَنَا: أَنَّ الإِفْلَاسَ يُوجِبُ العَجْزَ عَنْ تَسْلِيمِ العَيْنِ، وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِالعَقْدِ، ....

عِندَ إنسانٍ قَدْ أفلسَ فهْوَ أَحَقُّ بِهِ» متفق عيله[١].

وقد روي هذا الحديث في غير هذا الوجه بألفاظ غير ما ذكر في حديث أبي هريرة، فذكروا عن عبد الرحمن بن أبي بكر[٢] أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**أيُّما رجلٍ ابتاعَ مَتاعًا، وأفلسَ الذِي ابْتاعَهُ، ولَمْ يقبِضِ الذي باعَهُ مِنْ ثَمنِهِ شيئًا، فوجَدَهُ بِعيْنِهِ فهْوَ أحقُّ بِهِ، فإن ماتَ المُشترِي فصاحِبُ المَتاعِ أُسوَةٌ لِلغُرَماءِ**»[٣]، ولأن المشتري عجز عن تسليم أحد بدلي العقد وهو الثمن، فيثبت حق الفسخ للبائع، كما لو عجز البائع عن تسليم المبيع بالإباق ونحوه، والجامع بينهما أنه عقد معاوضة، فيقتضي المساواة، وصار كالسلم، فإن المسلم فيه دين كالثمن، وإذا انقطع المسلم فيه يثبت خيار الفسخ لرب السلم كذا هنا.

ولهذا لو كسدت فلوس الثمن يبطل البيع عندكم للعجز عن الثمن، وكذا المكاتب لو عجز يفسخ [٢/ ٣٥٧/ ب] العقد؛ لعجز البدل فكذا بعجز الثمن.

ولنا قوله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] والمشتري حين أفلس بالثمن فقد استحق النظرة شرعًا، ولو أجَّله البائع لم يكن له حق الفسخ قبل مضي الأجل، فكذا إذا صار مُنْظَرًا بإنظار الله تعالى.

(ولأن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين) أي: عين الدراهم المنقودة، وعين الدنانير المنقودة **(وهو)**[٤] أي: عين الدراهم المنقودة **(غير مستحق بالعقد)** بل المستحق به الدين، وهو وصف في الذمة، فعلم أنه عجز عن

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١١٨ رقم ٢٤٠٢)، ومسلم (٣/ ١١٩٣ رقم ١٥٥٩).

(٢) هكذا، والصواب: (أبو بكر بن عبد الرحمن)، وهو أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، كما في مصادر التخريج.

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٦ رقم ٣٥٢٠)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (١٢/ ١٧ رقم ٤٦٠٥) مرسلًا.

(٤) في الأصل: (وهي)، والمثبت من النسخة الثانية.

فَلَا يَثْبُتُ حَقُّ الفَسْخِ بِاعْتِبَارِهِ، وَإِنَّمَا المُسْتَحَقُّ وَصْفٌ فِي الذِّمَّةِ: أَعْنِي الدَّيْنَ، .....

تسليم شيء غير مستحق بالعقد، فلا يثبت حق الفسخ باعتباره.

وفي الأسرار: المقبوض غير الواجب حقيقة؛ لأن الواجب دين، وهذا عين، وذلك في الذمة، وهذا في الكيس، وإنما جعل في حكم عين الواجب في باب السلم، بخلاف الحقيقة؛ لعدم جواز الاستبدال به، فأما غيره من الديون يصح الاستبدال به، فلا يضطرنا الشرع إلى أن نجعل العين في حكم الدين فيجوز، فيثبت بقبض العين مبادلة، إلا عند التعذر كما في السلم؛ لحرمة الاستبدال، فأعطى للعين حكم الدين، فيكون العين مُستَحَقًّا بالعقد، فصار العجز عنه كالعجز عن تسليم المبيع.

وأما الجواب عن حديث أبي هريرة: أن المبيع ليس عين ماله شرعًا لتبدل الملك، وإنما هو عين مال قد كان له، وإنما ماله بعينه يقع على المغصوب، والودائع والعواري وما أشبه ذلك، وفي ذلك جاء هذا الحديث.

وقد روي عن سمرة بن جندب أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**مَن سُرِقَ لهُ متاعٌ أو ضاعَ لهُ متاعٌ فوجَدَهُ في يدِ رَجُلٍ بِعَيْنِهِ فهْوَ أحقُّ بِهِ ويَرجِعُ مُشتِريْهِ على البائعِ بالثمنِ**»(١).

فإن قيل: هذا معلوم بدون ذلك الحديث، فأي فائدة في الحديث؟

قلنا: فائدته إعلام أن الرجل إذا أفلس يقسم ماله وما في يده بين غرمائه، إلا في متاع سرق أو ضاع من إنسان، واغتر المشتري فابتاعه، فإن صاحب العين أحق به، فأعلمهم بذلك الحديث ما أعلمهم بحديث سمرة.

وبقي أن الغرور والاغترار الذي بعين المشتري لا يستحق بذلك شيئًا.

وما روي في غير هذا الوجه معارض بما روى الخصاف بإسناده أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**أيُّما رَجُلٍ أفلسَ فوَجَدَ رجلٌ متاعَهُ عِندَهُ بِعَيْنِهِ فهْوَ أُسوَةُ غُرَمائِهِ**».

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٩ رقم ٣٥٣١)، وابن ماجه (٢/ ٧٨١ رقم ٢٣٣١)، والدارقطني (٣/ ٤٢٩ رقم ٢٨٩٧)، وأحمد (٥/ ١٣ رقم ٢٠١٥٨).
وضعفه البوصيري في مصباح الزجاجة (٨٢٢).

....

وقيل: هذا منقطع.

قلنا: ما روي عن عبد الرحمن منقطع أيضًا، ولا يمكن أن يبين ما أشكل في حديث أبي هريرة؛ لأنه محتمل بأنه ابتاعه مُغْترًّا بأنه ملك البائع كما ذكرنا في حديث سمرة، أو كان محمولا على أنه قبض المبيع بغير إذن البائع، وفي غير هذا الموضع له حق الاسترداد.

وأما قوله: (**ومن قضيته**)[1] أي: عقد المساواة، فقلنا: نعم كذلك، ولكن في الملك على ما ذكرنا، وهو حاصل لهما، ولئن سلمنا أن التسوية في القبض، لكن التسوية تنعدم فيه بتأجيل البائع، فتأجيل الله أولى، فلا يبقى له حق الفسخ، بخلاف الكساد لا موجب العقد فلوس هي ثمن، وبعد الكساد لا يبقى له في ذمة المشتري فلوس بهذه الصفة، فيبقى العقد بلا ثمن فيبطل.

أما بعد إفلاس المشتري يبقى الثمن في ذمته مملوكًا كما كان، وبخلاف الكتابة؛ لأن بعجز المكاتب بغير موجب العقد، إذ موجبه ملك المولى بدل الكتابة عند حلول الأجل، ولا يمكنه ذلك إلا بالقبض؛ لأن بدل الكتابة ليس بدين حقيقة، إذ المولى لا يستوجب على عبده دينًا ولهذا لا تصح الكفالة والرهن به، فإذا كان ملك المولى يثبت بالقبض، فالتعجيز بغير موجب العقد، فيمكن من فسخ العقد، أما هاهنا بإفلاس المشتري لا يعتبر ملك البائع في الثمن، فإنه مملوك دينا.

وقولهم: إن الدين في ذمة المفلس تاوٍ غير مسلم، إذا كان المفلس مقرًّا أو عليه بينة فهو قائم حقيقةً وحكمًا، مفلسًا كان أو مَلِيًّا.

ولهذا قال أبو حنيفة: يجب على صاحب الدين الزكاة لما مضى إذا قبضه، فإذا لم يتغير موجب العقد لا يتمكن البائع من الفسخ، هذا كله مما أشار إليه في المبسوط والأسرار.

فقال في المبسوط: الإفلاس الطارئ لا يكون أولى من الإفلاس المقارن،

---

(١) انظر المتن ص ٥١٨.

وَبِقَبْضِ العَيْنِ تَتَحَقَّقُ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ، هَذَا هُوَ الحَقِيقَةُ فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا، إِلَّا فِي مَوْضِعِ التَّعَذُّرِ كَالسَّلَمِ، لِأَنَّ الِاسْتِبْدَالَ مُمْتَنِعٌ فَأَعْطَى لِلْعَيْنِ حُكْمَ الدَّيْنِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

وبه لا ترتفع صفة اللزوم في العقد، فبالطارئ أولى بخلاف جانب المبيع، فإن ابتداء العقد مع العجز عن تسليمه بالإباق لا يجوز، وإن رضي به المشتري، فكذا إذا طرأ العجز يثبت للمشتري حق الفسخ.

قوله: [٢/ ٣٥٨/ أ] **(وبقبض العين)** إلى آخره، هذا جواب عن شبهة ترد على **قوله**: (إن الدين وصف، والمقبوض عين، وهو غير حقه) فيرد عليه أنه لو كان كذلك ينبغي أن لا يتمكن المديون من قضاء الدين أصلًا؛ لأنه غير حقه، فقال: يقبض العين، يعني لما قبض رب الدين العين صارت ذمته مشغولة بدين المديون أيضًا؛ لأن هذا الذي قبضه رب الدين قبض مضمون؛ لأنه قبضه متملكًا لا مستودعًا فوجب الضمان في الذمتين، فيلتقيان قصاصًا، فبرئت ذمة المديون.

وهذا معنى قول المشايخ: إن آخر الدينين يكون قضاء عن الأول.

قوله: (هذا هو الحقيقة) أي: تسليم العين غير مستحق بالعقد، بل المستحق هو الدين، فيجب اعتبار الحقيقة.

كِتَابُ المَأْذُونِ

الإِذْنُ: الإِعْلَامُ لُغَةً، وَفِي الشَّرْعِ: فَكُّ الحَجْرِ وَإِسْقَاطُ الحَقِّ عِنْدَنَا، وَالعَبْدُ

كِتَابُ الْمَأْذُونِ

إيراد المأذون بعد الحجر ظاهر التناسب إذ الإذن بعد الحجر.

ومن محاسن الإذن الإطلاق عن الحجر كإطلاق الأسير، ولأنه نوع من الاكتساب، والاكتساب ابتغاء الفضل، وفيه فتح باب التصرف، وحصول زيادة الاهتداء في التصرفات

ثم الإذن لغة: الإعلام.

وشرعًا: فك الحجر الثابت، ورفع المانع من التصرف، وإثبات اليد للعبد في كسبه بمنزلة المكاتب عندنا.

وعند الشافعي، وأحمد: هو إنابة وتوكيل، وفائدة الخلاف أن الإذن بالتجارة لا يتخصص، حتى لو آذنه في نوع يكون مأذونا في أنواع التجارة كلها عندنا، خلافا له ولزفر كما يجيء.

وهو مشروع بالكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة:١٠] والمراد الكسب، وإذن العبد من باب الاكتساب.

والسنة: ما روي أنه عليه الصلاة السلام: يُجيبُ دعوةَ المملوك[(١)]،

---

(١) أخرجه الترمذي (٢/ ٣٢٨ رقم ١٠١٧)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٠ رقم ٢٢٩٦)، والحاكم (٢/ ٤٦٧ رقم ٣٧٣٤) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.
قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث مسلم، عن أنس، ومسلم الأعور يُضَعَّف، وهو مسلم بن كيسان الملائي تُكُلِّمَ فيه، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

بَعْدَ ذَلِكَ يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ بِأَهْلِيَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ الرِّقِّ بَقِيَ أَهْلًا لِلتَّصَرُّفِ بِلِسَانِهِ النَّاطِقِ، وَعَقْلِهِ المُمَيِّزِ، وَانْحِجَارُهُ عَنْ التَّصَرُّفِ لِحَقِّ المَوْلَى؛ لِأَنَّهُ مَا عَهِدَ تَصَرُّفَهُ إِلَّا مُوجِبًا تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ وَبِكَسْبِهِ، وَذَلِكَ مَالُ المَوْلَى فَلَا بُدَّ مِن إِذْنِهِ كَيْ لَا يَبْطُلَ حَقُّهُ مِن غَيْرِ رِضَاهُ، وَلِهَذَا لَا يَرْجِعُ بِمَا لَحِقَهُ مِن العُهْدَةِ عَلَى المَوْلَى، وَلِهَذَا لَا يُقْبَلُ

والمملوك لا يقدر على اتخاذ الضيافة ما لم يكن له كسب، وطريق الاكتساب التجارة، وتجارته بغير الإذن لا تصح.

وروي أنه عليه الصلاة والسلام، ولا أحد من الصحابة، ما أنكروا على عباس تجارته بعبيده، وله عشرون عبدًا، كل عبد يتجر بعشرة آلاف.

وأجمعت الأمة على جواز إذن العبد، ولا يقال: لا يصح الاستدلال على عدم التخصيص والتوقيت بأن الإذن عبارة عن فك الحجر، والإطلاق، وتمليك اليد، فإن القضاء إطلاق، وإثبات للولاية، مع أنه قابل للتخصيص.

وكذا الإعارة والإجارة تمليك للمنفعة، وإثبات اليد على العين، مع أنه قابل للتخصيص؛ لأنا نقول: القاضي لا يعمل لنفسه، بل هو نائب عن المسلمين، ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة في مال المسلمين، بخلاف العبد فإنه لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة.

وأما المستأجر والمستعير فإنه يتصرف في محل هو ملك الغير بإيجاب صاحب الملك له، وإيجابه في ملك نفسه يقبل التخصيص، فأما العبد لا يتصرف بإيجاب المولى لما يجيء أن التصرف غير مملوك للمولى في ذمته، فكيف يوجب ما لا يملكه؟ كذا في المبسوط.

قوله: (لأنه) أي: العبد (**بعد الرق بقي أهلًا للتصرف**) إذ ركن التصرف كلام معتبر شرعا؛ لصدوره عن مميز، ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق، وهما لا يفوتان بالرق، إذ صلاحية الذمة للالتزام من كرامات البشرية، وبالرق لا يخرج عن كونه بشرًا، إلا أن ذمته ضعفت بالرق، فلا يجب المال فيها إلا شاغلًا مالية الرقبة، وهي حق المولى، فحجر عن التصرف لِحَقِّ المولى؛ لكيلا يبطل حقه بغير رضاه، فإذا أذن فقد أسقط حقه، وكان العبد متصرفًا، بالمالكية الأصلية وأهليته لنفسه.

التَّأْقِيتُ، حَتَّى لَوْ أَذِنَ لِعَبْدِهِ يَوْمًا، أَوْ شَهْرًا، كَانَ مَأْذُونًا أَبَدًا حَتَّى يَحْجُرَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الإِسْقَاطَاتِ لَا تَتَوَقَّتُ، ....

قوله: (لأن الإسقاطات لا تتوقت) كالطلاق، والعتاق، وتأجيل الدين، وتأخير المطالبة، إذ الساقط يتلاشى.

فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن لا يكون للمولى ولاية الحجر بعده؛ لأنه أسقطه وتلاشى، والساقط لا يعود.

قلنا: بقاء ولاية الحجر بسبب بقاء الرق، فكان في الحجر امتناع عن الإسقاط فيما يستقبل لا فيما مضى؛ لأن الساقط يعود.

فإن قيل: ينبغي أن تنعدم بالرق الأهلية لملك التصرف؛ لأنه صار مملوكًا للمولى تصرفًا حتى يملك المولى التصرفات عليه.

قلنا: إنما يصير مملوكًا تصرفًا في نفسه بيعًا أو تزويجًا، [٢/٣٥٨/ب] فلا جرم تنعدم الأهلية لمالكية هذا التصرف، فيكون نائبًا فيه عن المولى متى باشره بأمره، بأن باع نفسه بأمره، ولكن لا يصير مملوكًا في ذمته، حتى إن المولى لا يملك الشراء بثمن يجب في ذمة عبده ابتداء، فتبقى له الأهلية في ملك هذا التصرف، كما أنه لم يصر مملوكًا تصرفًا عليه في الإقرار بالحدود والقصاص، يبقى مالكًا لذلك التصرف.

فإن قيل: انعدام الأهلية لحكم التصرف، وهو الملك بسبب الرق، يقتضي أن يكون أهلًا لنفس التصرفات؛ لأن التصرفات الشرعية لا تراد بعينها بل لحكمها، وهو ليس بأهل للحكم، فلا يكون أهلًا لسببه كأسباب العبادات في حق الصبي والمجنون؛ لأنهما ليسا بأهل لحكمها، وهو الابتلاء.

قلنا: لا كذلك؛ لأن حكم التصرف ملك اليد، والرقيق أهل لذلك، ألا ترى أن استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرقيق فيه؟ وهذا لأنه مع الرق أهل للحاجة، فيكون أهلا لقضائها، وأدنى طريق قضائها ملك اليد، فهو الحكم الأصلي للتصرف، وملك اليمين شرع للتوصل إليه، والحكم الأصلي يثبت للعبد، وما وراء ذلك يخلفه المولى فيه، فيكون كمن اشترى بخيار البائع فمات المشتري، فأجاز البائع البيع يثبت ملك العين للوارث على سبيل الخلافة

ثُمَّ الإِذْنُ كَمَا يَثْبُتُ بِالصَّرِيحِ يَثْبُتُ بِالدَّلَالَةِ، كَمَا إِذَا رَأَى عَبْدَهُ يَبِيعُ وَيَشْتَرِي فَسَكَتَ يَصِيرُ مَأْذُونًا عِنْدَنَا، خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

بتصرفٍ باشره المُوَرِّث.

بخلاف أسباب العبادات في حق الصبي والمجنون؛ لأن المراد بوجوب العبادات شغل الذمة لتحقيق الابتلاء، وهما ليسا بأهل له، فلا تثبت الأسباب الموجبة للابتلاء في حقهما، إذ ليس لهذه الأسباب أصل وخلف حتى يثبت ما هو الأصل لهما، والخلف لغيرهما في تصرف العباد فافترقا.

قوله: (خلافًا لزفر والشافعي)، وبه قال مالك، وأحمد؛ لأن السكوت لا يقوم مقام الإذن في التصرف؛ لأن الإذن إنابة، والإنابة لا تثبت بالسكوت، كما لو باع الراهن والمرتهن ساكت، أو باع المرتهن والراهن ساكت، أو رأى عبده يتزوج وهو ساكت، وكما لو رأى أجنبيًّا يتلف ماله وهو ساكت، وكما لو باع أجنبي والمالك ساكت، بخلاف السكوت في الشفعة، فإن الشفعة تسقط بمضي الزمان إذا علم؛ لأنها على الفور، وصار كما لو رأى القاضي الصغير أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشتري، فإنه لا يكون إذنًا، وهذا لأن السكوت يحتمل الرضى، ويحتمل السخط، فلا يثبت الإذن بالشك.

ألا ترى أنه لا يجوز بيعه الذي رآه فيه بالإجماع؟ فلأن لا يجوز بيعه مالًا آخر بعده أولى، إذ لما لم يثبت الإذن فيه ففي غيره أولى.

ولنا أن العادة جرت بأن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه[1] ويؤدبه عليه، فإذا لم ينهه علم أنه راضٍ، فجعل السكوت إذنًا له دلالة؛ دفعًا للغرور عن الناس، فإنهم يعتقدون ذلك إطلاقًا منه فيبايعونه حملًا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف، كما في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند أمر يعاينه عن التعبير، وسكوت البكر، وسكوت الشفيع.

أما الجواب عن التصرف الذي رأى فيه حيث لا يكون مأذونًا فيه بالإجماع؛ لأن تصرفه في ذلك العين بطريق الوكالة، والتوكيل لا يثبت

---

(١) في الأصل: (عبده)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَبِيعَ عَيْنًا مَمْلُوكًا، أَوْ لِأَجْنَبِيٍّ بِإِذْنِهِ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، بَيْعًا صَحِيحًا أَوْ فَاسِدًا؛ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ رَآهُ يَظُنُّهُ مَأْذُونًا لَهُ فِيهَا، فَيُعَاقِدُهُ، فَيَتَضَرَّرُ بِهِ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا لَهُ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ المَوْلَى رَاضِيًا بِهِ لَمَنَعَهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُمْ.

بالسكوت، ولكن يتضمن إذنًا في غيرها، بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري شيئًا بالخمر، أو بالخنزير فسكت، يصير مأذونًا في التجارة، وإن كان لا يجوز هذا الشراء كذا هاهنا.

والمعنى أن في إثبات الإذن في هذا التصرف الذي يراه ضرر في حق المولى، وهو إزالة ملكه عما يبيعه، فلا يثبت بسكوته، وليس في ثبوت الإذن في الحال في حق غيره ضرر في حق المولى، إذ يملك حجره، أما في حق الناس ضرر بيّن في عدم ثبوت الإذن كما ذكرنا.

وكذا فيما رأى أجنبيًّا يبيع ملكه فسكت، فإن ضرر المالك متيقن في ثبوت الإذن بزوال ملكه عن العين في الحال، وإن كان بعوض ضرر حتى لا يملكه أحد عليه حالة الاختيار، وكذا لم يثبت الإذن في مسألة الرهن؛ لأن في ثبوت الإذن ضررًا في حق المرتهن بزوال حق الاستيفاء بثبوت يده عليه، فإذا زال عن يده ربما لا [٢/ ٣٥٩/أ] يصل إلى يده من محل آخر، فكان ضرر المرتهن أقوى من ضرر الراهن، فلذلك لم تثبت الإجازة.

وأما مسألة التزوج فإنا لو أثبتنا عدم الإذن يتضرر العبد ضررًا موهومًا، فإن ضرر العبد في أن يدخل بها على حِسْبان أن المالك أجازه، وأنه موهوم، وضرر المرأة بزوال ملكها عن منافع بضعها للحال، وهي في حكم العين ضرر ثابت بيقين على تقدير ثبوت الإذن، فرجحنا جانب المرأة، ولم نقل بالإجازة.

وكذا لم نجعل السكوت رضًا في إتلاف المال؛ لأن الضرر هناك يتحقق في الحال، وسكوته لا يكون دليل التزام حقيقة، ولأنه لا حاجة إلى تعيين جانب الرضا هناك لدفع ضرر الغرور عن المتلف، وهو ملتزم للضرر بإقدامه على الإتلاف، وهو موجب للضمان بنفسه حقيقة، بخلاف ما نحن فيه، وأما السكوت عن القاضي لا يكون إذنًا؛ لأن الإذن من القاضي قضاء، والقضاء لا يثبت بالسكوت، ولهذا ثبت الإذن بالسكوت من الأب، أما لو أذن القاضي

قَالَ: (وَإِذَا أَذِنَ الـمَوْلَى لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ إِذْنًا عَامًّا: جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي سَائِرِ التِّجَارَاتِ) وَمَعْنَى هَذِهِ المَسْأَلَةِ: أَنْ يَقُولَ لَهُ أَذِنْت لَك فِي التِّجَارَةِ وَلَا يُقَيِّدُهُ. وَوَجْهُهُ: أَنَّ التِّجَارَةَ اسْمٌ عَامٌّ يَتَنَاوَلُ الجِنْسَ، فَيَبِيعُ وَيَشْتَرِي مَا بَدَا لَهُ مِن أَنْوَاعِ الأَعْيَانِ؛ لِأَنَّهُ أَصْلُ التِّجَارَةِ.

(وَلَوْ بَاعَ أَوْ اشْتَرَى بِالغَبْنِ اليَسِيرِ: فَهُوَ جَائِزٌ) لِتَعَذُّرِ الِاحْتِرَازِ عَنْهُ (وَكَذَا

وأبى الأب صح إذن القاضي، ولا يعتبر إباء الأب.

والمسألة في تتمة الفتاوى: لأن القاضي لما أذن رأى المصلحة في الإذن بفعله، ذلك إذا طلب الإذن من الأب، وأبى الأب صار الأب عاضلًا له، فتنتقل الولاية إلى القاضي بسبب العضل، كالولي في باب النكاح، فإنه إذا عضل تنتقل الولاية إلى القاضي؛ لما أن النكاح حقها قِبَلَ الولي، فإذا امتنع الولي عن الإيفاء نقلت الولاية إلى القاضي؛ إبقاء لِحَقِّها كذا هاهنا.

وأما قوله: السكوت يحتمل فقلنا: نعم، ولكن دليل العرف يرجح جانب الرضى كما في سكوت البكر لدفع الضرر، الكل من المبسوط، والذخيرة، والإيضاح.

قوله: (في سائر التجارات) أي: جميعها يقال سائر الناس أي: جميعهم كذا في الصحاح.

قوله: (فلا يقيده) [أي][(١)]: الإذن بنوع من التجارة، وهذا بلا خلاف، وإنما الخلاف في الإذن بنوع، فكان فائدة ذكر معنى المسألة؛ لبيان نفي الخلاف.

قوله: (لتعذر الاحتراز عنه) أي: عن غبن اليسير، وعند الشافعي، وأحمد: لا يجوز إلا بثمن المثل كما في الوكيل.

وعند أبي حنيفة: يجوز بالغبن الفاحش أيضًا، سواء كان عليه دين أو لا.

وعندهما، والشافعي، وأحمد، وزفر: لا يجوز بالغبن الفاحش؛ لأن المحاباة بالفاحش بمنزلة الهبة ابتداء، وهو لا يملكه كالأب، والوصي،

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

بِالفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ خِلَافًا لَهُمَا)(*) هُمَا يَقُولَانِ: إنَّ البَيْعَ بِالفَاحِشِ مِنهُ بِمَنْزِلَةِ التَّبَرُّعِ، حَتَّى اعْتُبِرَ مِن المَرِيضِ مِن ثُلُثِ مَالِهِ فَلَا يَنْتَظِمُهُ الإِذْنُ كَالهِبَةِ.

وَلَهُ: أَنَّهُ تِجَارَةٌ وَالعَبْدُ مُتَصَرِّفٌ بِأَهْلِيَّةِ نَفْسِهِ فَصَارَ كَالحُرِّ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الصَّبِيُّ المَأْذُونُ.

(وَلَوْ حَابَى فِي مَرَضِ مَوْتِهِ: يُعْتَبَرُ مِن جَمِيعِ مَالِهِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، وَإِنْ

والقاضي في مال الصغير، ولهذا اعتبر الغبن الفاحش من المريض من ثلث ماله كالهبة.

(وله) أي: لأبي حنيفة (**أنه**) أي: التصرف بالغبن الفاحش (**تجارة**) لا تبرع؛ لأنه وقع في ضمن عقد التجارة، والواقع في ضمن الشيء له حكم ذلك الشيء، والمأذون في حق التجارة ملحق بالأحرار؛ لأنه متصرف لنفسه بأهلية نفسه لا بحكم الآمر، فصح منه كما يصح من الحر، ومن سواه يتصرف للغير فيتقيد بالنظر، والبيع بالغبن الفاحش من صنيع التجار لاستجلاب قلوب المجاهرين[1] ليربح في تصرف آخر.

قوله: (وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون)، وكذا المكاتب والمعتوه المأذون.

ثم أبو حنيفة فرق بين البيع والشراء في تصرف الوكيل بالغبن، وسوى بينهما في تصرف المأذون؛ لأن الوكيل يرجع على الآمر بما يلحقه من العهدة، فكان الوكيل بالشراء متهما في أنه اشتراه لنفسه، فلما ظهر الغبن أراد أن يلزمه الآمر، وهذا لا يوجد في تصرف المأذون؛ لأنه لا يرجع بما لحقه من العهدة على أحد، فاستوى البيع والشراء في حقه، كذا في المبسوط.

قوله: (ولو حابى) أي: العبد المأذون (**في مرض موته يعتبر من جميع المال**) هذا إذا كان مولاه صحيحًا، أما لو كانت المحاباة منه في مرض المولى فمحاباته باليسير، والفاحش يعتبر من الثلث عند أبي حنيفة، كما لو حابى

(*) **الراجح: قول أبي حنيفة.**

(١) كذا بالأصل، وفي النسختين الثانية والثالثة: (المهاجرين).

كَانَ فَمِن جَمِيعِ مَا بَقِيَ)؛ لِأَنَّ الِاقْتِصَارَ فِي الحُرِّ عَلَى الثُّلُثِ لِحَقِّ الوَرَثَةِ، وَلَا وَارِثَ لِلْعَبْدِ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ مُحِيطًا بِمَا فِي يَدِهِ يُقَالُ لِلْمُشْتَرِي: أَدِّ جَمِيعَ المُحَابَاةِ وَإِلَّا فَارْدُدْ البَيْعَ كَمَا فِي الحُرِّ.

(وَلَهُ أَنْ يُسْلِمَ وَيَقْبَلَ السَّلَمَ)؛ لِأَنَّهُ تِجَارَةٌ.

(وَلَهُ أَنْ يُوَكِّلَ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ)؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَا يَتَفَرَّغُ بِنَفْسِهِ. قَالَ: (وَيَرْهَنُ وَيرْتَهِنُ)؛ لِأَنَّهُمَا مِن تَوَابِعِ التِّجَارَةِ فَإِنَّهُ إِيفَاءٌ وَاسْتِيفَاءٌ.

(وَيَمْلِكُ أَنْ يَتَقَبَّلَ الأَرْضَ وَيَسْتَأْجِرَ الأُجَرَاءَ وَالبُيُوتَ)؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِن صَنِيعِ

المولى بنفسه في مرضه، وعندهما محاباته باليسير كذلك، وبالفاحش باطل، وإن كان يخرج من ثلث مال المولى، لأنه لا يملك هذه المحاباة بالإذن في التجارة، كما لو باشره في صحة المولى.

قوله: (**ولا وارث للعبد**) ولا يقال بأن المولى بمنزلة الوارث؛ لأنه رضي بسقوط حقه بالإذن، فصار كالوارث، إذ أسقط حقه في الثلثين بالإجازة، [٢/ ٣٥٩/ ب] فإنه يتصرف المريض في الكل، فكذا هذا.

قوله: (**وله**) أي: للمأذون (**أن يسلم**) أي: يجعل نفسه رب السلم والمسلم إليه.

قوله: (**وله أن يتقبل الأرض**) أي: يأخذها إجارة.

وفي المُغرِب: قبالة الأرض أن يتقبَّلها إنسان فيقبَلُها الإمام أي: يعطيها إياه مزارعة أو مساقاة، ويأخذ الأرض مزارعة؛ لأنه إن كان البذر من قِبَلِهِ فهو مستأجِرٌ الأرضَ، وأنه أنفع من الاستئجار بالدرهم، فإن هناك يلزمه الأجر، وإن لم يحصل الخارج، وهاهنا لا يلزمه شيء بدون الخارج، ولو كان البذر من قبل رب الأرض فهو آجر نفسه من رب الأرض لعمل الزراعة، فصار كما لو أجر نفسه بالدراهم فيجوز هذا فكذا هاهنا، وله أن يدفع الأرض مزارعة كما ذكرنا من الوجهين، أما ليس له أن يدفع طعامًا إلى رجل ليزرعه في أرضه بالنصف لفساد المزارعة على هذا الوجه فيكون كالقرض، والقرض تبرع، كذا في المبسوط.

التُّجَّارِ (وَيَأْخُذَ الأَرْضَ مُزَارَعَةً)؛ لِأَنَّ فِيهِ تَحْصِيلَ الرِّبْحِ (وَيَشْتَرِي طَعَامًا فَيَزْرَعُهُ فِي أَرْضِهِ)؛ لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بِهِ الرِّبْحَ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الزَّارِعُ يُتَاجِرُ رَبَّهُ».

(وَلَهُ أَنْ يُشَارِكَ شَرِكَةَ عَنَان، وَيَدْفَعَ المَالَ مُضَارَبَةً، وَيَأْخُذَهَا)؛ لِأَنَّهُ مِن عَادَةِ التُّجَّارِ (وَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ) عِنْدَنَا، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ وَهُوَ يَقُولُ: لَا يَمْلِكُ العَقْدَ عَلَى نَفْسِهِ فَكَذَا عَلَى مَنَافِعِهَا؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لَهَا. وَلَنَا: أَنَّ نَفْسَهُ رَأْسُ مَالِهِ، فَيَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ، إِلَّا إِذَا كَانَ يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ الإِذْنِ كَالبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ يَنْحَجِرُ بِهِ، وَالرَّهْنُ؛ لِأَنَّهُ يُحْبَسُ بِهِ فَلَا يَحْصُلُ مَقْصُودُ المَوْلَى. أَمَّا الإِجَارَةُ: فَلَا يَنْحَجِرُ بِهِ وَيَحْصُلُ بِهِ المَقْصُودُ وَهُوَ الرِّبْحُ فَيَمْلِكُهُ.

قوله: (شركة عنان) قيد به لأنه ليس له شركة المفاوضة؛ لأن مبناه على الوكالة والكفالة، والوكالة داخلة تحت الإذن دون الكفالة، ثم تصح منه شركة العنان مطلقًا عن ذكر الشراء بنقد ونسيئة، حتى لو اشترك المأذونان شركة على أن يشتريا بالنقد والنسيئة لم يجز من ذلك النسيئة، وجاز النقد؛ لأن في النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه، والمأذون لا يملك الكفالة، ولو أذنا في الشركة بالنقد والنسيئة ولا دين عليهما فاشتركا جاز، كما لو أذنا في الكفالة، ولو اشتركا مفاوضة بالإذن تصير عنانًا، كذا في المبسوط والذخيرة.

قوله: (وله) أي: للمأذون (أن يؤاجر نفسه).

قوله: (خلافًا للشافعي) وكذا لو وكل إنسانا لا يجوز عنده في قول، وفي الأصح يجوز. (وهو يقول) أي: الشافعي إنه لا يملك العقد على نفسه؛ لأنه آذنه بالتصرف في غير نفسه، ولهذا لا يملك البيع على نفسه إلى آخر ما ذكر في المتن.

ولَنا: أن إجارة نفسه تجارة فيملكها، وهو تصرف على غير نفسه بل على منافعه، وإنما لا يجوز بيع نفسه؛ لأنه يبطل الإذن أصلًا؛ لأنه ينحجر به، وكذا لا يملك رهن نفسه؛ لأنه إيفاء من وجه، فكان بيع نفسه من وجه، وبالإجارة لا ينحجر، ويحصل المقصود وهو الربح فيملكه، وما ذكر ينتقض بالحر، فإنه لا يملك بيع نفسه، ويملك إجارته، إليه أشار في المبسوط.

قَالَ: (فَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي نَوْعٍ مِنهَا دُونَ غَيْرِهِ، فَهُوَ مَأْذُونٌ فِي جَمِيعِهَا) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يَكُونُ مَأْذُونًا إِلَّا فِي ذَلِكَ النَّوْعِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ: إِذَا نَهَاهُ عَنْ التَّصَرُّفِ فِي نَوْعٍ آخَرَ. لَهُمَا: أَنَّ الإِذْنَ تَوْكِيلٌ وَإِنَابَةٌ مِن المَوْلَى؛ لِأَنَّهُ يَسْتَفِيدُ الوِلَايَةَ مِن جِهَتِهِ وَيَثْبُتُ الحُكْمُ وَهُوَ المِلْكُ لَهُ دُونَ العَبْدِ، وَلِهَذَا يَمْلِكُ حَجْرَهُ فَيَتَخَصَّصُ بِمَا خَصَّهُ بِهِ كَالمُضَارِبِ. وَلَنَا: أَنَّهُ إِسْقَاطُ الحَقِّ وَفَكُّ الحَجْرِ عَلَى مَا بَيَّنَاهُ، وَعِنْدَ ذَلِكَ تَظْهَرُ مَالِكِيَّةُ العَبْدِ ....

قوله: (مأذون في جميعها) أي: جميع أنواع التجارة، سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكت، ذكره في الإيضاح.

(وهو الملك له) أي: للمولى يعني أن المقصود من التصرف حكمه، وحكمه الملك، وهو للمولى لا للعبد؛ لأنه بالرق خرج من أن يكون أهلًا للملك، ولهذا يملك حجره، ولا يملك حجر المكاتب، ولو كان كالمكاتب لما ملك حجره، ولهذا لو أذنه في التزويج بامرأة بعينها لم يملك أن يتزوج غيرها.

وقوله: (على ما بيناه) أي: في أول الكتاب.

(وعند ذلك) أي: عند الإذن وفك الحجر (تظهر مالكية العبد) فصار كالمكاتب، فلا يصح تخصيصه بنوع دون نوع كالمكاتب.

تشريحه أن تصرف العبد بعد الإذن يلاقي محلًا هو ملكه، والمتصرف في ملكه لا يكون نائبًا عن غيره، فإن أول التصرف بعد الإذن الشراء؛ لأنه لا يملك شيئًا ليبيعه، وبالشراء يلتزم الثمن في ذمته، وهي مملوكة له، ولهذا لا يملك المولى الشراء بثمن يجب في ذمة العبد، ولو كانت مملوكة له لملكت، ولم يتصرف العبد في ذمة المولى حتى يجعل نائبًا عنه فيكون أصيلًا في التصرف.

بخلاف الوكيل؛ لأنه يتصرف في مال غيره أو في ذمة غيره؛ لأنه يثبت للتوكيل بالشراء حق الرجوع عليه، ولم يكن له قبل التوكيل هذه الولاية، وإنما استفادها بالأمر، فصار نائبًا بخلاف الإذن في النكاح، فإن النكاح تصرف مملوك للمولى عليه، فإن النكاح لا يجوز إلا بولي، إما بولاية نفسه، أو بولاية غيره، والرق يخرجه عن الولاية على نفسه، فكان نائبًا عن المولى.

فَلَا يَتَخَصَّصُ بِنَوْعٍ دُونَ نَوْعٍ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي مَالِ غَيْرِهِ فَيَثْبُتُ لَهُ الوِلَايَةُ مِن جِهَتِهِ، وَحُكْمُ التَّصَرُّفِ وَهُوَ المِلْكُ وَاقِعٌ لِلْعَبْدِ حَتَّى كَانَ لَهُ أَنْ يَصْرِفَهُ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ وَالنَّفَقَةِ، وَمَا اسْتَغْنَى عَنْهُ يَخْلُفُهُ المَالِكُ فِيهِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي شَيْءٍ بِعَيْنِهِ، فَلَيْسَ بِمَأْذُونٍ)؛ لِأَنَّهُ اسْتِخْدَامٌ، وَمَعْنَاهُ: أَنْ يَأْمُرَهُ بِشِرَاءِ ثَوْبٍ مُعَيَّنٍ لِلْكِسْوَةِ أَوْ طَعَامٍ رِزْقًا لِأَهْلِهِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَوْ صَارَ مَأْذُونًا يَنْسَدُّ عَلَيْهِ بَابُ الِاسْتِخْدَامِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: أَدِّ إِلَيَّ الغَلَّةَ كُلَّ شَهْرٍ كَذَا، أَوْ قَالَ: أَدِّ إِلَيَّ أَلْفًا وَأَنْتَ حُرٌّ؛ لِأَنَّهُ طَلَبَ مِنهُ المَالَ وَلَا يَحْصُلُ إِلَّا بِالكَسْبِ، أَوْ قَالَ لَهُ: أُقْعُدْ صَبَّاغًا أَوْ قَصَّارًا؛ لِأَنَّهُ أَذِنَ بِشِرَاءِ مَا لَا بُدَّ لَهُ مِنهُ وَهُوَ نَوْعٌ فَيَصِيرُ مَأْذُونًا فِي الأَنْوَاعِ.

ولهذا قلنا: إن المولى يجبره على النكاح، أما هذا التصرف غير مملوك للمولى عليه، فإنه لا يملك البيع والشراء عليه [٢/ ٣٦٠/أ] بدون اختياره، فكان الإذن في التجارة فك الحجر.

وقوله: (وحكم التصرف) إلى آخره، جواب عن قولهما: ويثبت الحكم للمولى.

قوله: (وما استغنى عنه) العبد يثبت للمولى على سبيل الخلافة عنه، فإذا ثبت أن الإذن إسقاط الحق، وفك الحجر لا الإنابة، لا يعتبر تقييده بنوع دون نوع، كما إذا رضي المستأجر ببيع عبد من زيد دون عمرو، أو سلم البائع المبيع إلى المشتري قبل نقد الثمن، على أن يتصرف فيه نوعًا من التصرف دون نوع، فإنه لا يعتبر التقييد؛ لأن ذلك منه إسقاط لحق المنع.

قوله: (ومعناه) إلى آخره، قيد به ليعلم به أن مقصود المولى من التصرف ليس بعقود متكررة، يكون إذنا في التجارة، كما لو قال: اشترِ لي ثوبًا وبعه، أما لو أذنه في التصرف في ثوب بعينه، أو شراء كسوة، أو طعام لأهله لا يكون إذنا له، لو اعتبر إذنا لضاق على الناس استخدام المماليك في حوائجهم، ولهذا لو أمره ببيع ثوب غصبه العبد يكون إذنًا في التجارة، وإن كان بعقد واحد؛ لأنه لا يمكن جعله استخدامًا، إذ ليس له ولاية الأمر ببيعه؛ لعدم ملكه، إليه أشار في الذخيرة.

قَالَ: (وَإِقْرَارُ المَأْذُونِ بِالدُّيُونِ وَالغُصُوبِ جَائِزٌ، وَكَذَا بِالوَدَائِعِ)؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَ مِن تَوَابِعِ التِّجَارَةِ، إِذْ لَوْ لَمْ يَصِحَّ لَاجْتَنَبَ النَّاسُ مُبَايَعَتَهُ وَمُعَامَلَتَهُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ، إِذَا كَانَ الإِقْرَارُ فِي صِحَّتِهِ، فَإِنْ كَانَ فِي مَرَضِهِ يُقَدَّمُ دَيْنُ الصِّحَّةِ كَمَا فِي الحُرِّ، بِخِلَافِ الإِقْرَارِ بِمَا يَجِبُ مِن المَالِ لَا بِسَبَبِ التِّجَارَةِ؛ لِأَنَّهُ كَالمَحْجُورِ فِي حَقِّهِ. قَالَ: (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ.

قَالَ: (وَلَا يُزَوِّجُ مَمَالِيكَهُ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُزَوِّجُ الأَمَةَ؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلُ المَالِ بِمَنَافِعِهَا فَأَشْبَهَ إِجَارَتَهَا. وَلَهُمَا: أَنَّ الإِذْنَ يَتَضَمَّنُ التِّجَارَةَ وَهَذَا لَيْسَ بِتِجَارَةٍ، وَلِهَذَا

قوله: (والمغصوب جائز) سواء صدقه المولى أو لا لأن الغصب يوجب الملك عند أداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة فيكون إقرارا بالمعاوضة وعند الشافعي وأحمد ومالك يجوز إقراره بدون المعاملة فقط وإقراره بالغصب والإتلاف يصح إن صدقه المولى.

قوله: (لا بسبب التجارة)، وفي المبسوط: غصب جارية بكرًا وافتضّها رجل في يده وهرب، كان لمولاها أن يأخذ العبد بعقرها؛ لأن الفائت بالافتضاض جزء من ماليتها، وهي مضمونة على العبد بجميع أجزائها، والعبد مؤاخذ بضمان الغصب في الحال مأذونًا كان أو محجورًا، ولأن هذا من جنس ضمان التجارة، ولو أقر العبد أنه وطئ جارية بنكاح بغير إذن مولاها فافتضّها لم يصدق؛ لأنه ليس من التجارة، فإن وجوب العقر هنا باعتبار النكاح، والنكاح ليس بتجارة.

وفي الإيضاح: لو أقر بجناية على عبدٍ أو حُرٍّ أو مهرٍ وجب عليه بنكاح جائز أو فاسد أو شبهة، فإن إقراره باطل لا يؤاخذ به حتى يعتق؛ لأن فك الحجر إنما ظهر في حق التجارة، وهذه الديون ما وجبت بسبب التجارة، فصار إقراره فيها وإقرار المحجور سواء، أما لو أقر بما يوجب القود يصح، وللمقر له استيفاؤه، وبه قال الشافعي، ومالك.

وقال أحمد، ومحمد بن الحسن، وزفر، والمزني، وداود: لا يصح، وقد مر في الإقرار.

قوله: (ولهما) أي: لأبي حنيفة، ومحمد، وبقولهما قالت الأئمة الثلاثة.

لَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ العَبْدِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الصَّبِيُّ المَأْذُونُ وَالمُضَارِبُ وَالشَّرِيكُ شَرِكَةَ عِنَانٍ وَالأَبُ وَالوَصِيُّ.

قَالَ: (وَلَا يُكَاتِبُ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ، إِذْ هِيَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، وَالبَدَلُ فِيهِ مُقَابَلٌ بِفَكِّ الحَجْرِ فَلَمْ يَكُنْ تِجَارَةً (إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ المَوْلَى وَلَا دَيْنَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ

(وهذا) أي: النكاح (ليس بتجارة) إذ المال إنما يجب بالنكاح؛ لخطر المحل لا لكون البضع مالا.

قوله: (وعلى هذا الخلاف) إلى قوله: (والأب والوصي) [قال شيخي صاحب النهاية في هذه الرواية نظرًا لأنه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب][1] أن يزوجا أمة الصغير بلا خلاف؛ لما أنهما في رقيق الصغير كالمكاتب، وكذا ذكره في المبسوط، والتتمة، ومختصر الكافي.

وأحكام الصغار وما ذكر في المكاتب أصح؛ لأنه موافق لعامة الروايات.

وفي الكافي: يحتمل أن يكون في المسألة روايتان.

وقال الإمام حسام الأخسيكتي: ويحمل ما أطلق في المكاتب على ما ذكره هاهنا، ويجعل في المسألة روايتان.

قوله: (ولا يكاتب) المأذون (لأنه) أي: عقد الكتابة (ليس بتجارة إذ هي) أي: التجارة (والبدل فيه) أي: في عقد الكتابة، ولأن الكتابة أقوى من الإذن إذ الكتابة موجبة حرية اليد للحال، وحرية الرقبة في المآل، والإذن لا يوجب شيئًا من ذلك، والشيء لا يتضمن ما هو أعلى منه، كما أن الكتابة لا تتضمن الإعتاق؛ لأنه أعلى من الكتابة.

(وإلا أن يجيزه المولى) أي: عقد كتابته (ولا دين عليه) أي: على المأذون؛ لأن المولى بإجازة عقد الكتابة يخرجه من أن يكون كسبًا للمأذون، وقيام الدين عليه يمنع من ذلك قلَّ الدّين أو كَثُر؛ لتعلق حق الغرماء به، ولهذا لو أخذه من يد المأذون وعليه دين قل أو كثر يمنع منه خصوصًا عند أبي حنيفة، إذا كان على العبد دين محيط حيث لا يملكه.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسختين الثانية، والثالثة.

الْمَوْلَى قَدْ مَلَكَهُ وَيَصِيرُ الْعَبْدُ نَائِبًا عَنْهُ وَتَرْجِعُ الْحُقُوقُ إِلَى الْمَوْلَى؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِي الْكِتَابَةِ سَفِيرٌ.

قَالَ: (وَلَا يُعْتِقُ عَلَى مَالٍ)؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْكِتَابَةَ فَالْإِعْتَاقُ أَوْلَى (وَلَا يُقْرِضُ)؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ كَالْهِبَةِ.

(وَلَا يَهَبُ بِعِوَضٍ وَلَا بِغَيْرِ عِوَضٍ، وَكَذَا لَا يَتَصَدَّقُ)؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ تَبَرُّعٌ بِصَرِيحِهِ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً، أَوْ ابْتِدَاءً، فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْإِذْنِ بِالتِّجَارَةِ. قَالَ: (إِلَّا أَنْ يُهْدِيَ الْيَسِيرَ مِنَ الطَّعَامِ، أَوْ يُضَيِّفَ مَنْ يُطْعِمُهُ)؛ ....

وعندهما: لا يجوز؛ لتعلق حق الغرماء به، كذا في المبسوط [٢/ ٣٦٠/ ب] والإيضاح.

قوله: (ويصير العبد) أي: العبد المأذون (نائبا عنه) أي: عن المولى في عقد الكتابة عند الإجازة، وترجع الحقوق إلى المولى، وهي مطالبة بدل الكتابة، وولاية الفسخ عند العجز، وثبوت الولاء بعد العتق إذ حقوق العقد في باب الكتابة لا تتعلق بالوكيل، فلا يملك المأذون قبض البدل.

قوله: (فالإعتاق أولى)؛ لأنه إعتاق في الحال، وهذا إذا لم يجز المولى، أما إذا أجازه ولا دين على المأذون جاز؛ لأنه يملك إنشاء العتق عليه فيملك الإجازة وقبض المال إلى المولى دون المأذون، وأما إذا كان على المأذون دين فأجاز العتق جاز وضمن قيمته لغرماء المديون عندهما، كما لو أنشأ العتق ولا سبيل للغرماء على العوض، بخلاف الكتابة؛ لأن ما يؤديه كسب الحر وحق للغرماء غير متعلق بكسب الحر، فأما بدل الكتابة فيؤديه في حال الرق، فيتعلق به حق الغرماء، كذا في الإيضاح.

قوله: (إلا أن يهدي اليسير من الطعام، أو يضيف معامليه)، وبقولنا قال أحمد.

وقال الشافعي، ومالك: لا يملك ذلك أيضًا بغير إذن المولى؛ لأنه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبة دراهمه.

لِأَنَّهُ مِن ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ اسْتِجْلَابًا لِقُلُوبِ المُجَاهِزِينَ، بِخِلَافِ المَحْجُورِ عَلَيْهِ؛

ولنا أنه عليه الصلاة السلام يجيب دعوة المملوك[١] وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد أنه تزوج فحضر دعوته ناس من الصحابة، منهم ابن مسعود، وحذيفة، وأبو ذر، فأمَّهُم وهو يومئذ عبد، والمراد المأذون، إذ المحجور لا يقدر على الضيافة اليسيرة.

(ولأنه) أي: إهداء اليسير والضيافة **(من ضرورات الإذن في التجارة)** لأن التاجر يحتاج إليه **(لاستجلاب قلوب المجاهزين)**.

المجاهز: عند العامة الغني من التجار، فكأنه أريد المجهز، وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع، أو يسافر به فَحُرِّفَ إلى المجاهز، كذا في المُغرِب.

وفي الذخيرة: أن يتخذ الضيافة اليسيرة، وليس له أن يتخذ الضيافة العظيمة؛ لأن اليسيرة من صنيع التجار دون العظيمة.

وقال محمد بن سلمة: في الحد الفاصل بين اليسيرة والعظيمة ينظر إلى مقدار مال تجارته، فإن كان عشرة آلاف، واتخذ ضيافة بمقدار عشره كان يسيرًا، ولو كان مال تجارته عشرة مثلًا، واتخذ ضيافة بمقدار دانق فذاك يكون كثيرًا عرفًا.

أما الهدية فيملك الإهداء بالمأكولات لا لما سواها، إذ قضية القياس عدم جواز الإهداء؛ لأنه تبرع؛ ولكن ترك القياس بالعرف والعادة؛ وعرف التجار الإهداء بالمأكولات؛ فيرد ما سواه إلى القياس؛ وإليه أشار في المبسوط أيضًا[٢].

وفي المغني: الأب والوصي لا يملكان في مال الصغير ما يملك المأذون من اتخاذ الضيافة اليسيرة والهدية اليسيرة، ويملك التصدق بالفلس والرغيف

---

(١) أخرجه الترمذي (٢/ ٣٢٨ رقم ١٠١٧)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٠ رقم ٢٢٩٦)، والحاكم (٢/ ٤٦٧ رقم ٣٧٣٤) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.
قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث مسلم، عن أنس، ومسلم الأعور يُضَعَّفُ، وهو مسلم بن كيسان الملائي تُكُلِّمَ فيه، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.
(٢) المبسوط للسرخسي (١٣/ ٨٠).

لِأَنَّهُ لَا إِذْنَ لَهُ أَصْلًا، فَكَيْفَ يَثْبُتُ مَا هُوَ مِن ضَرُورَاتِهِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ المَحْجُورَ عَلَيْهِ إِذَا أَعْطَاهُ المَوْلَى قُوتَ يَوْمِهِ فَدَعَا بَعْضَ رُفَقَائِهِ عَلَى ذَلِكَ الطَّعَامِ فَلَا بَأْسَ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْطَاهُ قُوتَ شَهْرٍ؛ لِأَنَّهُمْ لَوْ أَكَلُوهُ قَبْلَ الشَّهْرِ يَتَضَرَّرُ بِهِ المَوْلَى. قَالُوا: وَلَا بَأْسَ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَتَصَدَّقَ مِن مَنْزِلِ زَوْجِهَا بِالشَّيْءِ اليَسِيرِ كَالرَّغِيفِ وَنَحْوِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ مَمْنُوعٍ عَنْهُ فِي العَادَةِ.

قَالَ: (وَلَهُ أَنْ يَحُطَّ مِن الثَّمَنِ بِالعَيْبِ مِثْلَ مَا يَحُطُّ التُّجَّارُ)؛ لِأَنَّهُ مِن صَنِيعِهِمْ، وَرُبَّمَا يَكُونُ الحَطُّ أَنْظَرَ لَهُ مِن قَبُولِ المَعِيبِ ابْتِدَاءً، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَطَّ مِن غَيْرِ عَيْبٍ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ بَعْدَ تَمَامِ العَقْدِ فَلَيْسَ مِن صَنِيعِ التُّجَّارِ، وَلَا كَذَلِكَ المُحَابَاةُ فِي الِابْتِدَاءِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَيْهَا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ (وَلَهُ أَنْ يُؤَجِّلَ فِي دَيْنٍ وَجَبَ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ مِن عَادَةِ التِّجَارَةِ.

قَالَ: (وَدُيُونُهُ مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ، إِلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ المَوْلَى) وَقَالَ زُفَرُ

وبالفضة بما دون الدرهم؛ لأن ذلك من صنيع التجار.

قوله: (ونحوه) أي: نحو الرغيف كالفِلْسِ، وما دون الدرهم، وكذا الأَمَةُ في بيت مولاها تطعم وتتصدق على الرسم والعادة بدون الإذن صريحًا للعرف والعادة، وما روى أبو أمامة أنه عليه الصلاة السلام قال في خطبته عام حجة الوداع: «**وَلا تُخرِجُ المَرأةُ من بَيتِ زَوجِها مَالًا**» قيل له: ولا الطعام؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «**الطّعامُ أفضلُ أموالِكُم**»[1]، محمول على الطعام المدخر كالحنطة ودقيقها، فأما غير المدخر يتصدق به على رسم العادة، ولا يكون ذلك بإذن الزوج عرفًا.

(**وله أن يحط من الثمن**) أي: للمأذون (بالعيب) وبدون العيب لا، خلافًا للأئمة الثلاثة فإن عندهما لا يحط أصلًا.

قوله: (يباع للغرماء) أي: يبيعه القاضي بغير رضى المولى بالاتفاق عند أصحابنا.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦٥) الترمذي (٢/ ٥٠ رقم ٦٧٠)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٠ رقم ٢٢٩٥) من حديث أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه.
قال الترمذي: حديث حسن.

وَالشَّافِعِيُّ: لَا يُبَاعُ، وَيُبَاعُ كَسْبُهُ فِي دَيْنِهِ بِالإِجْمَاعِ. لَهُمَا: أَنَّ غَرَضَ الْمَوْلَى مِن الإِذْنِ تَحْصِيلُ مَالٍ لَمْ يَكُنْ، لَا تَفْوِيتُ مَالٍ قَدْ كَانَ لَهُ، وَذَلِكَ فِي تَعْلِيقِ الدَّيْنِ بِكَسْبِهِ، حَتَّى إِذَا فَضَلَ شَيْءٌ مِنهُ عَنْ الدَّيْنِ يَحْصُلُ لَهُ لَا بِالرَّقَبَةِ، بِخِلَافِ دَيْنِ الِاسْتِهْلَاكِ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ جِنَايَةٍ، ....

أما عندهما: فظاهر؛ لأن الحجر على المديون يجوز عندهما.

وأما عند أبي حنيفة: لا يجوز الحجر على المديون، وجوز هاهنا.

والعذر له أنه ليس في هذا حجر على المولى؛ لأن المولى محجور عن بيعه قبل ذلك، فإنه لو باع العبد المأذون المديون بغير رضى الغرماء لا يقدر، فكان هذا بمنزلة المستغرقة بالدين، فإنه يبيع القاضي التركة على الورثة بغير رضاهم؛ لقضاء الدين، فكذا هذا، ولا يكون ذلك حجرًا عليهم كذا في الذخيرة.

ويبيع كسبه بغير رضى المأذون، فأبو حنيفة لا يرى الحجر على الحر، إنما يرى الحجر على العبد، ألا ترى أن المولى يحجره.

وفي [٢/ ٣٦١/أ] النهاية، وما ذكر في بعض حواشي المقروءة على الأساتذة: بأن معنى قوله (يباع للغرماء) أن يجبر القاضي المولى على البيع حتى يستقيم على قول أبي حنيفة.

لا وجه لصحته أصلًا، بل يبيع القاضي العبد بدون رضا المولى؛ لما ذكرنا من رواية الذخيرة.

وقال زفر والشافعي: لا يباع في الدين، ويتعلق الدين الفاضل عن كسبه بذمته، يؤخذ منه بعد العتق، كما لو استقرض بغير إذن سيده، وبه قال مالك.

وقال أحمد: يتعلق بذمة المولى؛ لأنه لزمه بمعاوضة السيد، فيجب عليه كالنفقة.

قوله: (وذلك) أي: غرض المولى من إذنه تحصيل مال بمال لم يكن، لا تفويت مال قد كان، وذا في أداء دين التجارة من كسب التجارة لا بالرقبة، يعني غرضه تعلق الدين بكسبه لا برقبته كما ذكرنا أن فيه تفويت مال قد كان، والعبد الذي لا كسب في يده معسر، فكان مستحقًّا للنظرة شرعًا، لإطلاق الآية.

(لأنه) أي: الاستهلاك **(نوع جناية)** ولا تعلق له بالإذن، إذ وجوبه

وَاسْتِهْلَاكُ الرَّقَبَةِ بِالجِنَايَةِ لَا يَتَعَلَّقُ بِالإِذْنِ. وَلَنَا: أَنَّ الوَاجِبَ فِي ذِمَّةِ العَبْدِ ظَهَرَ وُجُوبُهُ فِي حَقِّ المَوْلَى، فَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ اسْتِيفَاءً كَدَيْنِ الِاسْتِهْلَاكِ، وَالجَامِعُ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ النَّاسِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ سَبَبَهُ التِّجَارَةُ وَهِيَ دَاخِلَةٌ تَحْتَ الإِذْنِ، وَتَعَلُّقُ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ اسْتِيفَاءً حَامِلٌ عَلَى المُعَامَلَةِ، فَمِن هَذَا الوَجْهِ صَلُحَ غَرَضًا لِلْمَوْلَى، وَيَنْعَدِمُ الضَّرَرُ فِي حَقِّهِ بِدُخُولِ المَبِيعِ فِي مِلْكِهِ، وَتَعَلُّقُهُ بِالكَسْبِ لَا يُنَافِي تَعَلُّقَهُ بِالرَّقَبَةِ فَيَتَعَلَّقُ بِهِمَا، غَيْرَ أَنَّهُ يَبْدَأُ بِالكَسْبِ فِي الِاسْتِيفَاءِ لِحَقِّ الغُرَمَاءِ وَإِبْقَاءً لِمَقْصُودِ المَوْلَى، وَعِنْدَ انْعِدَامِهِ يُسْتَوْفَى مِن الرَّقَبَةِ ....

بالجناية، ولهذا يباع بدين الاستهلاك قبل الإذن فكذا بعده.

قوله: **(وهذا)** أي: كون دين تجارته متعلق برقبته باعتبار أن سببه التجارة، وهي التجارة داخلة تحت الإذن.

وقوله: **(تعلق الدين برقبته)** جواب عن قولهما: إن غرض المولى استيفاء حامل على المعاملة، إذ لا بد للدين من محل يستوفى منه، وأقرب المحال إليه نفسه؛ لأنه وجب عليه وهو مال، وتعلق الدين برقبته حامل للغير على المعاملة، فصلح عوضًا للمولى من هذا الوجه.

(وينعدم الضرر في حقه) أي: في حق المولى **(بدخول المبيع في ملكه)** أي: في ملك المولى.

فإن قيل: كيف يتصور هذا وقد قال بعده يبدأ بالكسب، فإذا كان المبيع الذي من كسب العبد باقيًا، كيف يباع المأذون؟

قلنا: جاز أن يكون هذا المبيع هو المبيع الذي اشتراه المأذون وأدى ثمنه، ثم قبضه المولى ولا دين على العبد، ثم ركبته الديون، فيبيع المأذون بسبب ديون لحقته بعدما أخذ المولى المبيع.

فإنه قال في المغني: ولو أخذ المولى شيئًا من كسبه ولا دين عليه، ثم لحقه دين لا يجب على المولى رد ما أخذ إن كان قائمًا، وضمانه إن كان مستهلكًا.

وقوله: **(لا ينافي تعلقه بالرقبة)** جواب عما قال الشافعي أن تعلقه بالرقبة

وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: «دُيُونُهُ» المُرَادُ مِنهُ دَيْنٌ وَجَبَ بِالتِّجَارَةِ، أَوْ بِمَا هُوَ فِي مَعْنَاهَا كَالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالإِجَارَةِ وَالِاسْتِئْجَارِ وَضَمَانِ الغُصُوبِ وَالوَدَائِعِ وَالأَمَانَاتِ إِذَا جَحَدَهَا، وَمَا يَجِبُ مِن العُقْرِ بِوَطْءِ المُشْتَرَاةِ بَعْدَ الِاسْتِحْقَاقِ لِاسْتِنَادِهِ إِلَى الشِّرَاءِ فَيَلْحَقُ بِهِ. قَالَ: (وَيُقْسَمُ ثَمَنُهُ بَيْنَهُمْ بِالحِصَصِ) لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِالرَّقَبَةِ فَصَارَ كَتَعَلُّقِهَا

ينافي مقصود الإذن.

وفي المبسوط، والمغني: وأصحابنا استدلوا بما روي أنه عليه الصلاة السلام باع رجلًا في دينه يقال له: سُرَق، فحين كان بيع الحر جائزًا، ومن ضرورة بيع الحر في دينه بيع العبد في دينه، وما ثبت بضرورة النص فهو كالمنصوص، ثم انفسخ بيع الحر، وتبقى بيع العبد مشروعًا، فيباع في دينه، كذا قيل وفيه نوع تأمل.

(وقوله) أي: قول صاحب القُدورِي **(في الكتاب)** أي: القندورقي، ويحترز بقوله: **(المراد منه دين وجب بالتجارة)** عن دين وجب بالنكاح بأن تزوج امرأة فوطئها، ثم استحقت حيث وجب المهر عليه، ولا يظهر ذلك في حق المولى؛ لأن وجوبه بالنكاح وهو ليس من التجارة، أما لو تزوج بإذن المولى يظهر في حقه يباع فيه، كذا في المبسوط.

وقوله: (كالبيع والشراء) نظير دين التجارة **(والإجارة، والاستئجار)** إلى آخره، نظير ما هو في معنى التجارة، ثم صورة الدين بسبب الإجارة أن يؤاجر شيئًا ويقبض الأجرة، ولم يسلم المستأجر حتى انقضت المدة ووجب عليه رد الأجرة، وذكر الأمانات بعد الودائع؛ لأن الأمانة أعم من الوديعة، كمال المضاربة، والعارية، والشركة، والبضاعة، وهذه الأشياء عند الجحود بها تنقلب غصبًا، فكان الضمان الواجب بهذه الأشياء ضمان غصب؛ لأن الأمين يصير غاصبًا للأمانة بالجحود، وكذا يؤاخذ بضمان عقر الدابة، واحتراق الثوب في الحال، وتباع رقبته فيه.

وقيل: هذا محمول على ما إذا أخذ الدابة أو الثوب أولًا، حتى يصير غاصبًا بالأخذ، ثم عقرها وأحرقه، أما لو عقر أو أحرق الثوب قبل القبض فينبغي على قول أبي يوسف أن لا يؤاخذ به في الحال.

قوله: [٢/ ٣٦١/ ب] (لاستناده) أي استناد وجوب العقر **(إلى الشراء)** إذ

بِالتَّرِكَةِ (فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ مِن دُيُونِهِ: طُولِبَ بِهِ بَعْدَ الحُرِّيَّةِ) لِتَقَرُّرِ الدَّيْنِ فِي ذِمَّتِهِ وَعَدَمِ وَفَاءِ الرَّقَبَةِ بِهِ (وَلَا يُبَاعُ ثَانِيًا) كَيْ لَا يَمْتَنِعَ البَيْعُ أَوْ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ المُشْتَرِي (وَيَتَعَلَّقُ دَيْنُهُ بِكَسْبِهِ سَوَاءً حَصَلَ قَبْلَ لُحُوقِ الدَّيْنِ أَوْ بَعْدَهُ، وَيَتَعَلَّقُ بِمَا يَقْبَلُ مِن الهِبَةِ)؛ ....

وجوبه بسبب الشراء، فإنه لولاه لوجب عليه الحد، وسواء ثبت بإقراره أو بالبينة.

قوله: (ولا يباع ثانيًا) بخلاف دين نفقة المرأة، حيث يباع فيها مرة بعد أخرى؛ لأنها تجب شيئًا فشيئًا، بخلاف المهر فإنه إذا بيع في مهر ولم يفِ الثمن لا يباع ثانيًا؛ لأنه بيع في جميع المهر، ويطالب بالباقي بعد العتق كذا ذكره التمرتاشي.

(كيلا يمتنع البيع) يعني إذا علم المشتري أنه يباع في يده ثانيًا بلا رضاه يمنع عن الشراء، فيمتنع البيع فيتضرر الغرماء، أو **دفعًا** للضرر عن المشتري، فإن المشتري لم يأذنه بالتجارة فلو بيع ثانيًا بدون رضاه؛ لتضرر به للزومه بدون التزامه، أما المولى الأول بالإذن ملتزم ضرر البيع.

قوله: (ويتعلق دينه) أي: دين المأذون.

(بما يقبل من الهبة) وكذا الصدقة قبل لحوق الدين أو بعده، فديته تتعلق بما يكسبه سواء بسبب التجارة أو غيرها عندنا، وبه قال الشافعي في الأصح.

وقال زفر: لا يتعلق، وبه قال الشافعي في قول.

والهبة للمولى، لا حَقَّ للغرماء فيها؛ لأنها ليست من التجارة، ووجوب الدين عليه بسبب التجارة، فكانت كسائر أملاك[1] المولى، ألا ترى أنها لو ولدت، ثم لحقها دين لا يتعلق بالولد؟

وقلنا: كسب العبد له، والمولى يخلفه في ملكه بعد فراغه عن حاجة العبد، ولم يفرغ وصار كالوارث، فإنه لا يملك شيئًا من التركة إلا بشرط الفراغ من دينه، بخلاف الولد؛ لأنه ليس من كسبها، كما أن نفسها ليست من كسبها،

---

(١) في الأصل: (املا)، والمثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّ المَوْلَى إِنَّمَا يَخْلُفُهُ فِي المِلْكِ بَعْدَ فَرَاغِهِ عَنْ حَاجَةِ العَبْدِ وَلَمْ يَفْرُغْ (وَلَا يَتَعَلَّقُ بِمَا انْتَزَعَهُ المَوْلَى مِن يَدِهِ قَبْلَ الدَّيْنِ) لِوُجُودِ شَرْطِ الخُلُوصِ لَهُ (وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ غَلَّةَ مِثْلِهِ بَعْدَ الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مِنهُ يَحْجُرُ عَلَيْهِ فَلَا يَحْصُلُ الكَسْبُ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى غَلَّةِ المِثْلِ يَرُدُّهَا عَلَى الغُرَمَاءِ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ فِيهَا وَتَقَدُّمِ حَقِّهِمْ.

قَالَ: (فَإِنْ حَجَرَ عَلَيْهِ لَمْ يَنْحَجِرْ حَتَّى يَظْهَرَ حَجْرُهُ بَيْنَ أَهْلِ سُوقِهِ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ انْحَجَرَ لَتَضَرَّرَ النَّاسُ بِهِ لِتَأَخُّرِ حَقِّهِمْ إِلَى مَا بَعْدَ العِتْقِ، لِمَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِرَقَبَتِهِ وَكَسْبِهِ وَقَدْ بَايَعُوهُ عَلَى رَجَاءِ ذَلِكَ، وَيُشْتَرَطُ عِلْمُ أَكْثَرِ أَهْلِ سُوقِهِ، ....

فكذا الولد؛ لأنه حر متولد من عينها؛ والحق يتعلق بكسبها، حتى لو لَحِقَها الدين ثم ولدت يتعلق؛ لأن نفسها تباع في الدين فكذا ولدها، وهذا بخلاف الدفع في الجناية، فإن جنايته إذا ولدت لا تتعلق في ولدها، ولا حق لأولياء الجناية في ولدها؛ لأن حقهم هناك في بدل المتلف، وهو أرش الجناية، أو في نفسها جزاء على الجناية، ولكن ذلك ليس بحق متأكد، بدليل يمكن المولى من التصرف فيها كيف شاء بالبيع وغيره، فلا يسري إلى الولد، وهنا حق الغرماء متأكد في ذمتها، بدليل أنه لا ينفذ تصرف المولى فيها بالبيع والهبة ما لم يصل إلى الغرماء حقهم فيسري إليه، كذا في المبسوط[1].

قوله: (وله) أي: للمولى **(أن يأخذ غلة مثله)** أي: الضريبة التي ضرب المولى على عبده كل شهر عشرة دراهم مثلًا، فيأخذ بعد الدين كما كان يأخذها قبل استحسانًا.

وفي القياس: لا يجوز؛ لأن الدين مقدم على حق المولى في الكسب.

وجه الاستحسان: أن في ذلك نفعًا[2] للغرماء؛ لأن حقهم يتعلق بمكاسبه، ولا يحصل الكسب إلا ببقاء الإذن في التجارة، فلو منعناه من أخذ الغلة يحجر عليه، فينسد باب الاكتساب، كذا في المبسوط، والإيضاح.

وفي المغرب: الغلة: ما يحصل من ريع أرض، أو كرائها، وأجرة الغلام، أو نحو ذلك، وقد أغلت الضيعة فهو مغلة.

قوله: (ويشترط علم أكثر أهل سوقه)، وقال الشافعي يصح الحجر بغير

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٥/ ٥٥).
(٢) في الأصول الخطية: (نفع).

حَتَّى لَوْ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي السُّوقِ وَلَيْسَ فِيهِ إِلَّا رَجُلٌ أَوْ رَجُلَانِ لَمْ يَنْحَجِرْ، وَلَوْ بَايَعُوهُ جَازَ، وَإِنْ بَايَعَهُ الَّذِي عَلِمَ بِحَجْرِهِ وَلَوْ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي بَيْتِهِ بِمَحْضَرٍ مِن أَكْثَرِ أَهْلِ

علم العبد وأهل السوق كما في عزل الوكيل؛ لأن الإذن عنده نيابة كالوكالة، وبه قال مالك، وأحمد.

وفي الذخيرة: اشتراط علم أكثر أهل السوق لحجره في الحجر القصدي؛ أما لو ثبت الحجر ضمنًا لا يشترط علمهم، ولا علم واحد منهم، حتى لو باع المولى العبد المأذون ينحجر ضمنًا؛ لصحة البيع لزوال ملكه كالعزل الحكمي في الوكيل.

قوله: (وإن بايعه الذي علم بحجره) أن هذا للوصل، يعني إذا لم يعلم بحجره أكثر أهل سوقه لا ينحجر في حق من علم بحجره أيضًا، كما لا يثبت في حق غيره.

فإن قيل: المعنى الموجب علم أكثر أهل السوق دفع الضرر عن الناس، وهذا المعنى غير موجود في حق من علم رجل أو رجلين؛ لأنه لما علم بحجره انعدم المعنى الموجب، وهو الغرور في حقه، فينبغي أن يثبت في حقه، ولم يجز بيعه، كما في خطاب الشرع إذا علم بخبر واحد لا يعذر في تركه.

قلنا: صحة الحجية لما توقف على التشهير لا يصح بدونه، إذ المشروط لا يثبت بدون شرطه، وذلك لأن الحجر ضد الإذن، وكما أن الإذن لا يقبل التخصيص فكذا الحجر لا يقبله، بخلاف خطاب الشرع إذ حكمه يثبت في حق من علم به، ويقبل [٢/ ٣٦٢/أ] التخصيص، كذا في المبسوط.

وفي الذخيرة: لما بقي الإذن في حق من لم يعلم من أكثر أهل السوق بقي حق من علم؛ لأن الإذن بالتجارة لا يتجزأ، ألا ترى أن في الابتداء لا يتجزأ؟ فكذا في الانتهاء، ثم قال: فإن قيل: هذا العذر ليس بصحيح، فإن الإذن إذا كان عامًّا، وحجر عليه بمحضر أهل السوق، يصير العبد محجورًا، ولو كان ما ذكرتم من المعنى صحيحًا، ينبغي أن لا يصير محجورًا؛ لأن الحجر لا يعمل في حق الذي لم يعلم بالحجر، وبقي الإذن في حقه، فينبغي أن لا يبقى في حق الباقين؛ لعدم تجزئه.

سُوقِهِ يَنْحَجِرُ، وَالمُعْتَبَرُ شُيُوعُ الحَجْرِ وَاشْتِهَارُهُ فَيُقَامُ ذَلِكَ مَقَامَ الظُّهُورِ عِنْدَ الكُلِّ كَمَا فِي تَبْلِيغِ الرِّسَالَةِ مِن الرُّسُلِ - عَلَيْهِمْ السَّلَامُ -، وَيَبْقَى العَبْدُ مَأْذُونًا إِلَى أَنْ يَعْلَمَ بِالحَجْرِ كَالوَكِيلِ إِلَى أَنْ يَعْلَمَ بِالعَزْلِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِهِ حَيْثُ يَلْزَمُهُ قَضَاءُ الدَّيْنِ مِن خَالِصِ مَالِهِ بَعْدَ العِتْقِ وَمَا رَضِيَ بِهِ، وَإِنَّمَا يُشْتَرَطُ الشُّيُوعُ فِي الحَجْرِ إِذَا كَانَ الإِذْنُ شَائِعًا. أَمَّا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ إِلَّا العَبْدُ ثُمَّ حُجِرَ عَلَيْهِ بِعِلْمٍ مِنهُ يَنْحَجِرُ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِيهِ.

قَالَ: (وَلَوْ مَاتَ المَوْلَى أَوْ جُنَّ، أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا: صَارَ المَأْذُونُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ الإِذْنَ غَيْرُ لَازِمٍ، وَمَا لَا يَكُونُ لَازِمًا مِن التَّصَرُّفِ يُعْطَى لِدَوَامِهِ حُكْمُ الِابْتِدَاءِ، هَذَا هُوَ الأَصْلُ، فَلَا بُدَّ مِن قِيَامِ أَهْلِيَّةِ الإِذْنِ فِي حَالَةِ البَقَاءِ وَهِيَ تَنْعَدِمُ بِالمَوْتِ وَالجُنُونِ، وَكَذَا بِاللُّحُوقِ، لِأَنَّهُ مَوْتٌ حُكْمًا حَتَّى يُقَسَّمَ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَبَقَ العَبْدُ، صَارَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَبْقَى مَأْذُونًا؛ لِأَنَّ

قلنا: القياس هكذا، لكن ترك القياس للضرورة، إذ تبليغ الحجر إلى كل واحد من أهل سوقه متعسر، فأقمنا تبليغه إلى الأكثر مقام تبليغه إلى الكل، ألا ترى أنه عليه الصلاة السلام كان مأمورًا بتبليغ ما أنزل إلى كل الناس كافة، ولم يبلغ إلى الكل، بل بلغ إلى الأكثر، فقام ذلك مقام تبليغ الكل.

قوله: (أو جُنَّ) المراد الجنون المطبق، أما إذا لم يكن مطبقًا، بأن يَجُنّ ويفيق لا ينحجر.

وفي الذخيرة: اختلفوا في المطبق، فقال محمد: ما دون الشهر [غير][1] مطبق، وشهرًا فصاعدًا مطبق، ثم رجع فقال: ما دون السنة غير مطبق، والسنة فما فوقها مطبق.

وعن أبي يوسف: أكثر السنة فصاعدًا مطبق، وما دونه لا.

قوله: (وقال الشافعي يبقى مأذونًا)، وبه قال مالك، وأحمد.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الإِبَاقَ لَا يُنَافِي ابْتِدَاءَ الإِذْنِ، فَكَذَا لَا يُنَافِي البَقَاءَ وَصَارَ كَالغَصْبِ. وَلَنَا: أَنَّ الإِبَاقَ حَجْرُ دَلَالَةٍ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَرْضَى بِكَوْنِهِ مَأْذُونًا عَلَى وَجْهٍ يَتَمَكَّنُ مِن تَقْضِيَةِ دَيْنِهِ بِكَسْبِهِ، بِخِلَافِ ابْتِدَاءِ الإِذْنِ؛ لِأَنَّ الدَّلَالَةَ لَا مُعْتَبَرَ بِهَا عِنْدَ وُجُودِ التَّصْرِيحِ بِخِلَافِهَا، وَبِخِلَافِ الغَصْبِ؛ لِأَنَّ الِانْتِزَاعَ مِن يَدِ الغَاصِبِ مُتَيَسِّرٌ.

قَالَ: (وَإِذَا وَلَدَتِ المَأْذُونُ لَهَا مِن مَوْلَاهَا فَذَلِكَ حَجْرٌ عَلَيْهَا) خِلَافًا لِزُفَرَ، وَهُوَ يَعْتَبِرُ حَالَةَ البَقَاءِ بِالِابْتِدَاءِ. ....

وذكر في المبسوط: وقال زفر: لا يصير محجورًا به؛ لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن، حتى لو أذن الآبق يجوز؛ لأن الإذن باعتبار ملكه لا يختل ذلك بالإباق، وصار كالغصب والحبس، حتى لو غصبه غاصب، أو حبس بدين عليه، أو على غيره لا ينحجر فكذا بالإباق.

ولنا أن الإباق حجر دلالة، إذ الظاهر أن المولى لا يرضى بتصرف الآبق المتمرد، وإنما يرضى بتصرفه ما بقي تحت طاعته؛ ليتمكن من قضاء دينه بكسبه، والإباق يمنع ابتداء الإذن على ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده، وبعد التسليم فالدلالة ساقطة عند صريح الإذن.

قوله: (لأن الانتزاع) أي: انتزاع مكاسبه (من يد الغاصب متيسر) بالمرافعة إلى الحاكم، حتى لو لم يكن الانتزاع من يده، بأن جحد الغاصب ولا بينة، لا يصح ابتداء الإذن ولا بقاؤه ذكره في الذخيرة.

ولو عاد من الإباق هل يعود الإذن؟ لم يذكره محمد، والصحيح أنه لا يعود كما لو حجره صريح.

قوله: (فذلك) أي: الاستيلاد (حجر عليها).

قال المحبوبي: تأويل المسألة إذا استولدها من غير تصريح الإذن، حتى لو قال بعد الاستيلاد: لا أريد الحجر عليها لا تنحجر.

(هو) أي: زفر (يعتبر البقاء بالابتداء) فإن في الابتداء لو أذن لها يصح، فكذلك يبقى بالاستيلاد، كما في التدبير، وهو القياس، وقياس قول الأئمة الثلاثة، واستحسنا.

وَلَنَا: أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يُحْصِنُهَا بَعْدَ الوِلَادَةِ فَيَكُونُ دَلَالَةَ الحَجْرِ عَادَةً، بِخِلَافِ الِابْتِدَاءِ؛ لِأَنَّ الصَّرِيحَ قَاضٍ عَلَى الدَّلَالَةِ.

(وَيَضْمَنُ المَوْلَى قِيمَتَهَا إِنْ رَكِبَتْهَا دُيُونٌ) لِإِتْلَافِهِ مَحِلًّا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الغُرَمَاءِ، إِذْ بِهِ يَمْتَنِعُ البَيْعُ وَبِهِ يُقْضَى حَقُّهُمْ.

قَالَ: (وَإِذَا اسْتَدَانَتِ الأَمَةُ المَأْذُونُ لَهَا أَكْثَرَ مِن قِيمَتِهَا فَدَبَّرَهَا المَوْلَى، فَهِيَ مَأْذُونٌ لَهَا عَلَى حَالِهَا) لِانْعِدَامِ دَلَالَةِ الحَجْرِ، إِذْ العَادَةُ مَا جَرَتْ بِتَحْصِينِ المُدَبَّرَةِ، وَلَا مُنَافَاةَ بَيْنَ حُكْمَيْهَا أَيْضًا، وَالمَوْلَى ضَامِنٌ لِقِيمَتِهَا لِمَا قَرَّرْنَاهُ فِي أُمِّ الوَلَدِ.

قَالَ: (وَإِذَا حَجَرَ عَلَى المَأْذُونِ لَهُ، فَإِقْرَارُهُ جَائِزٌ فِيمَا فِي يَدِهِ مِن المَالِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَمَعْنَاهُ: أَنْ يُقِرَّ بِمَا فِي يَدِهِ أَنَّهُ أَمَانَةٌ لِغَيْرِهِ، أَوْ غَصْبٌ مِنهُ، أَوْ يُقِرَّ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ فَيُقْضَى مِمَّا فِي يَدِهِ.

وقلنا: لا تنحجر لأن العادة أن الإنسان يحصن أم ولده، ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس، ودلالة العادة تعتبر عند عدم التصريح بخلافها، ألا ترى أن تقديم المائدة بين يدي إنسان يجعل إذنًا في التناول عرفًا وعادة، فأما إذا قال بعد التقديم: لا تأكل، لم يكن ذلك إذنًا، كذا في المبسوط.

قوله: (**أكثر من قيمتها**) وإنما وضع المسألة في أكثر من قيمتها؛ لتظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها دون الزيادة.

قوله: (**ولا منافاة بين حكميهما**) أي: حكم التدبير والإذن؛ لأن بالتدبير يثبت حق العتق وإن كان لا يفيد في انفكاك الحجر، فلا يؤثر في الحجر عليه، كذا في المبسوط.

قوله: (**ومعناه**) إلى آخره، وإنما احتاج إلى ذكر تأويل المسألة بقوله: (ومعناه كذا)؛ لأن مطلق الإقرار بما في يده يفهم منه الغصوب والديون لا الأمانات، فلهذا قدم ذكر الأمانة، وقيد فيما في يده؛ لأنه لو أقر باستهلاك رقبته لا يجوز بالإجماع، حتى إذا لم يفِ ما في يده لا تباع رقبته بالإجماع، ولا فيما انتزعه المولى، ثم أقر في يد المشتري بدين عليه لا يصدق بالإجماع، وكذا لو كان في يده كسب حصل بالاحتطاب والاصطياد ونحوه مما هو ليس بتجارة لا يصدق بالإجماع.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ(*). لَهُمَا: أَنَّ المُصَحِّحَ لِإِقْرَارِهِ إِنْ كَانَ الإِذْنَ فَقَدْ زَالَ بِالحَجْرِ، وَإِنْ كَانَ اليَدَ فَالحَجْرُ أَبْطَلَهَا؛ لِأَنَّ يَدَ المَحْجُورِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَخَذَ المَوْلَى كَسْبَهُ مِن يَدِهِ قَبْلَ إِقْرَارِهِ، أَوْ ثَبَتَ حَجْرُهُ بِالبَيْعِ مِن غَيْرِهِ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ فِي حَقِّ الرَّقَبَةِ بَعْدَ الحَجْرِ، وَلَهُ: أَنَّ المُصَحِّحَ هُوَ اليَدُ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ إِقْرَارُ المَأْذُونِ فِيمَا أَخَذَهُ المَوْلَى مِن يَدِهِ وَاليَدُ بَاقِيَةٌ حَقِيقَةً، وَشَرْطُ بُطْلَانِهَا بِالحَجْرِ حُكْمًا فَرَاغُهَا عَنْ حَاجَتِهِ، وَإِقْرَارُهُ دَلِيلُ تَحَقُّقِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا انْتَزَعَهُ المَوْلَى مِن يَدِهِ قَبْلَ الإِقْرَارِ؛ لِأَنَّ يَدَ المَوْلَى ثَابِتَةٌ حَقِيقَةً وَحُكْمًا فَلَا تَبْطُلُ بِإِقْرَارِهِ، وَكَذَا مِلْكُهُ ثَابِتٌ فِي رَقَبَتِهِ فَلَا يَبْطُلُ بِإِقْرَارِهِ مِن غَيْرِ رِضَاهُ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ؛ لِأَنَّ العَبْدَ قَدْ تَبَدَّلَ بِتَبَدُّلِ المِلْكِ عَلَى مَا عُرِفَ، فَلَا يَبْقَى مَا ثَبَتَ بِحُكْمِ المِلْكِ، ....

قوله: (وقال أبو يوسف ومحمد) لا يجوز إقراره، وبه قالت الأئمة الثلاثة، [٢/ ٣٦٢/ ب] ويؤخذ به بعد العتق، وما في يده لمولاه.

قوله: (لأن يد المحجور غير معتبرة) ولا يلزم عليه ما لو أودع المحجور إنسانًا وغاب، لم يكن للمولى أخذه، فلو لم تعتبر يده لما اشترط حضرته؛ لأن المسألة مؤوّلة بما إذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد، أما لو علم فللمولى أخذه، كذا في الذخيرة.

ولهذا لا يصح إقراره في حق الزيادة، يعني لو أقر بأكثر مما في يده لا تباع رقبته لأجل الزيادة بالإجماع.

قوله: (بخلاف ما إذا انتزعه المولى) إلى آخره، جواب عن قولهم: وصار كما لو أخذ المولى كسبه، يعني لم يبق هناك أثر من آثار ذلك الإذن، ويد المولى عليه ثابتة حقيقة وحكمًا، فلا يبطل بإقراره.

قوله: (فلا يبطل) أي: ملك المولى في الرقبة (بإقرار العبد من غير رضاه) أي: المولى إذ لا يد للعبد في رقبته بعد الحجر.

قوله: (على ما عرف) أي: في حديث بريرة، (فلا يبقى) أي: للعبد من

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ خَصْمًا فِيمَا بَاشَرَهُ قَبْلَ الْبَيْعِ.

قَالَ: ﴿وَإِذَا لَزِمَتْهُ دُيُونٌ تُحِيطُ بِمَالِهِ وَرَقَبَتِهِ، لَمْ يَمْلِكِ الْمَوْلَى مَا فِي يَدِهِ، وَلَوْ أَعْتَقَ مِن كَسْبِهِ عَبْدًا لَمْ يَعْتِقْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يَمْلِكُ مَا فِي يَدِهِ وَيَعْتِقُ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ﴾(*)؛ لِأَنَّهُ وُجِدَ سَبَبُ الْمِلْكِ فِي كَسْبِهِ وَهُوَ مِلْكُ رَقَبَتِهِ، ....

حكم الإذن الذي كان ثابتًا عليه للمولى بحكم أنه ملك المولى، وإنما يملك العبد كسبه بحكم ذلك الملك.

(ولهذا لم يكن) أي: العبد **(خصمًا)** في حقوق عقد باشره عند الأول قبل بيعه من التسليم، والتسليم، والرد بالعيب وإن كان خصمًا فيها بعد الحجر قبل البيع، وعلى هذا إذا حُجِر المأذون وفي يده ألف، فأقرَّ -بعدما أُذِنَ ثانيًا- بألف كان لزمه في الإذن الأول، قضى من ذلك الألف عنده.

وعندهما: هذا الألف للمولى، ويصح هذا الإقرار فيؤمر المولى بقضاء الدين، أو يباع فيه.

وفي الأسرار: وعلى هذا الخلاف إذا حجر الصبي المأذون وفي يده كسب فيقر به يصح عنده خلافا لهما.

قوله: **(وقالا)** أي: أبو يوسف، ومحمد: **(يملك ما في يده)** وينفذ عتقه، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: **(وهو)** أي: سبب الملك في الكسب **(ملك الرقبة)**؛ لأن ملك الأصل علة ملك الفرع، فكما أن الدين لا يمنع ملك المولى في رقبته بالاتفاق، فيجب أن لا ينافي ملكه في كسبه وحاجته إلى قضاء دينه.

ينبغي أن لا يمنع ملكه، كما أن حاجته إلى النفقة والكسوة لا يمنع ملك المولى، ولأن المولى لو وطئ جارية عبده المأذون، فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه، وإن كان عليه دين محيط بالإجماع.

ولا يغرم عقرها، ولو لم يملك ينبغي أن يغرم عقرها.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

وَلِهَذَا يَمْلِكُ إِعْتَاقَهَا، وَوَطْءَ الجَارِيَةِ المَأْذُونِ لَهَا، وَهَذَا آيَةُ كَمَالِهِ، بِخِلَافِ الوَارِثِ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ المِلْكُ لَهُ نَظَرًا لِلْمُوَرِّثِ وَالنَّظَرُ فِي ضِدِّهِ عِنْدَ إِحَاطَةِ الدَّيْنِ بِتَرِكَتِهِ. أَمَّا مِلْكُ المَوْلَى فَمَا ثَبَتَ نَظَرًا لِلْعَبْدِ. وَلَهُ: أَنَّ مِلْكَ المَوْلَى إِنَّمَا يَثْبُتُ خِلَافُهُ عَنْ العَبْدِ عِنْدَ فَرَاغِهِ عَنْ حَاجَتِهِ كَمِلْكِ الوَارِثِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ، ....

(وهذا) أي: نفوذ إعتاقه وحل وطئه (آية كمال ملكه) في الرقبة وتعلق حق الغرماء به استيفاء لا يمنع ملك المولى لرقبته.

(بخلاف الوارث) إذا أعتق عبدًا من التركة، وهي مشغولة كلها بالدين حيث لا ينفذ؛ لأن الملك إنما ينتقل إلى الوارث عند استغناء الميت عنه نظرًا للميت، ولهذا يقدم الأقرب فالأقرب؛ لأن الصرف إلى الأقرب أنفع له، ومتى كان على الميت دين يقدم حق الغريم على الوارث؛ لأن النظر في ضده، وهو عدم ثبوت الملك للوارث؛ لأن قضاء الدين فرض عليه، والدين حائل بينه وبين ربه، أما ملك المولى كسبه لا يثبت باعتبار النظر للعبد، بل لاستحالة ثبوت ملك الرقبة للعبد؛ لأنه مملوك مالًا فيستحيل أن يكون مالكًا له، ولهذا يخلفه المولى في ملك الرقبة، وهذا المعنى لا يختلف مع قيام الدين وعدمه.

قوله: (على ما قررناه) أي: في مسألة تعليق الدين بكسبه في قوله: وأما الجواب عن قولهما أن الدين لا يمنع ملك الرقبة، فكذا لا يمنع ملك الكسب أن المولى لا يخلفه في ملك الرقبة، بل كان مالكًا لرقبته لا باكتساب من العبد، فبقي ملكه فيها بعد لحوق[1] الدين كما في المكاتب، فإن المولى يملك رقبته وينفذ عتقه فيها، ويؤدي بها كفارته، ولا يملك كسبه لقيام حاجته فيه، فكذلك في المأذون لا يملك كسبه، وإن كان يملك رقبته، وحاجته إلى قضاء دينه ليست كحاجته إلى الطعام والكسوة، فإن الرقيق لا يحتاج إلى ذلك؛ لأنه يستوجبهما على المولى إذا لم يكن كسب.

أما الدين فلا يؤديه المولى، فكانت حاجته إلى الكسب فوق حاجته إلى النفقة والكسوة، وعن قولهما يثبت نسبه، ولا عقر عليه أن حق الغرماء في

---

(١) في الأصل: (لحقوق)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَالمُحِيطُ بِهِ الدَّيْنُ مَشْغُولٌ بِهَا، فَلَا يَخْلُفُهُ فِيهِ، وَإِذَا عُرِفَ ثُبُوتُ المِلْكِ وَعَدَمُهُ، فَالعِتْقُ فُرَيْعَتُهُ، وَإِذَا نَفَذَ عِنْدَهُمَا يَضْمَنُ قِيمَتَهُ لِلْغُرَمَاءِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِهِ. قَالَ: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الدَّيْنُ مُحِيطًا بِمَالِهِ: جَازَ عِتْقُهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ، وَكَذَا عِنْدَهُ؛ ....

الكسب من حيث المالية لا من حيث العين، ولهذا للمولى حق تملكه واستخلاصه بأداء الدين في محل آخر، فكان حاله أقوى من حال الأب إذا وطئ جارية ابنه، وادعى نسب ولده، [٢/ ٣٦٣/ أ] حيث يثبت؛ لأن له حق تملكها بالقيمة ولم يغرم من العقر شيئًا، فكذا هاهنا إليه أشار في المبسوط، والإيضاح.

وأما قولهما: أن المولى يملك الكسب لا بطريق الخلافة والنظر للعبد إلى آخره.

قلنا: العبد ليس بأهل لملك مستقر، لكنه أهل لملك ينتقل إلى غيره إذا فرغ من حاجته، وهذا لأن العبد من حيث إنه آدمي بمنزلة الحر، ومن حيث إنه مال مملوك كالبهيمة، ولو كان حرًّا مطلقًا ملك المال ملكًا مستقرًا، ولو كان مملوكًا مطلقًا كالبهيمة لا يملك أصلًا، فقلنا بأنه يملك ملكًا منتقلًا عملًا بالشبهين.

قوله: (فالعتق فريعته) أي: العتق فرع بثبوت الملك وعدمه؛ لأنه فرعه، وكذا لو قال له: هذا ابني يثبت نسبه إن كان مجهول النسب عندهما ويعتق.

وعنده: لا يثبت ولا يعتق، وكذا لو قتل عبده المأذون يغرم قيمته في ثلاث سنين عنده؛ لأنه لم يملكه فصار كقتل عبد لأجنبي، فكان ضمان جناية.

وعندهما: يغرم قيمته للحال؛ لأنه قتل عبده وتعلق به حق الغرماء، فيضمن حقهم للحال.

قوله: (وكذا عنده) أي: عند أبي حنيفة في قوله الآخر، وفي قوله الأول: لا يملك ولا يصح إعتاقه، لأن الدين تعلق بكسبه، وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن، وفي قوله الآخر: الشرط هو الفراغ، وبعضه فارغ وبعضه مشغول، فلا يجوز أن يمتنع الملك في الكل؛ لأن شرط عدم الملك في

لِأَنَّهُ لَا يَعْرَى عَنْ قَلِيلِهِ، فَلَوْ جُعِلَ مَانِعًا لَانْسَدَّ بَابُ الِانْتِفَاعِ بِكَسْبِهِ فَيَخْتَلُّ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِن الإِذْنِ، وَلِهَذَا لَا يَمْنَعُ مِلْكَ الوَارِثِ، وَالمُسْتَغْرَقُ يَمْنَعُهُ.

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ مِن المَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ قِيمَتِهِ، جَازَ)؛ لِأَنَّهُ كَالأَجْنَبِيِّ عَنْ كَسْبِهِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِكَسْبِهِ (وَإِنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ، لَمْ يَجُزْ مُطْلَقًا)؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي حَقِّهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَابَى الأَجْنَبِيَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ لَا تُهْمَةَ فِيهِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ المَرِيضُ مِن الوَارِثِ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ، حَيْثُ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ، لِأَنَّ حَقَّ بَقِيَّةِ الوَرَثَةِ

الكل لم يوجد، ولا يجوز أن يمتنع بقدره؛ لأن البعض ليس بأولى من البعض فيثبت الملك في الكل.

وأصله أن استغراق التركة بالدين يمنع ملك الوارث في التركة، وبه قال الشافعي، وأحمد في رواية، وقال في قول، وأحمد في رواية: لا يمنع، وبه قال مالك.

ولا يتعلق حينئذ حقه بماله في غير المحيط، ففي قول أبي حنيفة الأول كذلك، وفي قوله الآخر يملك الوارث جميع التركة، وسيجيء بعدُ إن شاء الله.

قوله: (**إذا كان عليه دين**) قيد به؛ لأنه نص في المعنى أنه إذا لم يكن عليه دين لا يجوز بيعه من المولى شيئًا، ولا بيع المولى منه شيئًا حتى لا تثبت فيه الشفعة.

قوله: (**وإن باعه بنقصان لم يجز**) أي: عند أبي حنيفة سواء كان النقصان يسيرًا أو فاحشًا، وعندهما: يجوز، ويجبر المولى على ما يجيء.

(**لأنه**) أي: العبد (**متهم في حقه**) أي: حق المولى (**بخلاف ما إذا حابى الأجنبي**) حيث يجوز سواء كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة.

قوله: (**لا تهمة فيه**) ولا يقال احتمال التهمة فيه أيضًا موجود؛ لأن مجرد الاحتمال لا يعتبر، وإنما المعتبر الناشئ عن الدليل.

وقوله: (**وبخلاف ما إذا باع المريض**) متعلق بأول المسألة ومعطوف على قوله: (**وإن باعه بنقصان لم يجز**) من حيث المعنى تقدير الكلام، وإن باع من المولى بمثل قيمته جاز، بخلاف ما إذا باع بالنقصان حيث لم يجز، وبخلاف ما

تَعَلَّقَ بِعَيْنِهِ حَتَّى كَانَ لِأَحَدِهِمْ الِاسْتِخْلَاصُ بِأَدَاءِ قِيمَتِهِ. أَمَّا حَقُّ الغُرَمَاءِ تَعَلَّقَ بِالمَالِيَّةِ لَا غَيْرَ فَافْتَرَقَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ يَجُوزُ البَيْعُ، وَيُخَيَّرُ المَوْلَى ....

إذا باع المريض، هذا على تقدير الواو في قوله[1] (وبخلاف) ويجوز بغير الواو، فيتعلق حينئذ بحكم قوله المتصل وهو قوله: (بخلاف ما إذا حابى الأجنبي) أي: أنه يجوز في كل حال، سواء كانت المحاباة فاحشة أو يسيرة أو بمثل القيمة.

وبيع المريض من وارثه لا يجوز بكل حال من الأحوال الثلاثة عند أبي حنيفة، وهذا أوجه، ولكن النسخة بالواو تأباه.

قوله: (وبهذا) أي بجواز البيع مع التخيير (يندفع الضرر عن الغرماء).

(منهما) أي: من المولى والأجنبي (متردد) إلى آخره.

وفي الكافي: هذا الذي ذكرنا قول بعض المشايخ، وهو قوله: (وإن باعه بنقصان لم يجز) عنده، ويجوز عندهما.

(ويخير المولى) إلى آخره، والصحيح: أن قوله كقولهما؛ لأن المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع، فلا يكون له ذلك بالبيع أولى، وصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الأجنبي.

وفي المبسوط: لم يجز عندهما أيضًا، كالمريض المديون مع الأجنبي[2].

والأصح أن هذا قولهم جميعًا؛ لأن العبد مع المولى كالمريض مع الأجنبي، وكذا ذكره في مبسوط الإِسْبِيجابي.

وفي النهاية: ما ذكره في الكتاب بقوله: (وإن باعه بنقصان لم يجز) عنده.

وقال [٢/ ٣٦٣/ ب] أبو يوسف، ومحمد: إن باعه بنقصان يجوز البيع (وَيُخَيَّرُ المولى) إلى آخره، وقع على غير الأصح.

---

(١) في الأصل (بقوله)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسرخسي (٢٥/ ٧٠).

إنْ شَاءَ أَزَالَ المُحَابَاةَ، وَإِنْ شَاءَ نَقَضَ البَيْعَ، وَعَلَى المَذْهَبَيْنِ اليَسِيرُ مِن المُحَابَاةِ وَالفَاحِشُ سَوَاءٌ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ: أَنَّ الِامْتِنَاعَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْ الغُرَمَاءِ، وَبِهَذَا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ عَنْهُمْ، وَهَذَا بِخِلَافِ البَيْعِ مِن الأَجْنَبِيِّ بِالمُحَابَاةِ اليَسِيرَةِ، حَيْثُ يَجُوزُ، وَلَا يُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ المُحَابَاةِ، وَالمَوْلَى يُؤْمَرُ بِهِ؛ لِأَنَّ البَيْعَ بِاليَسِيرِ مِنهُمَا مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ التَّبَرُّعِ وَالبَيْعِ لِدُخُولِهِ تَحْتَ تَقْوِيمِ المُقَوِّمِينَ فَاعْتَبَرْنَاهُ تَبَرُّعًا فِي البَيْعِ مَعَ المَوْلَى لِلتُّهْمَةِ غَيْرَ تَبَرُّعٍ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ لِانْعِدَامِهَا، وَبِخِلَافِ مَا إذَا بَاعَ مِن الأَجْنَبِيِّ بِالكَثِيرِ مِن المُحَابَاةِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ أَصْلًا عِنْدَهُمَا، وَمِن المَوْلَى يَجُوزُ وَيُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ المُحَابَاةِ؛ لِأَنَّ المُحَابَاةَ لَا تَجُوزُ مِن العَبْدِ المَأْذُونِ عَلَى أَصْلِهِمَا إِلَّا بِإِذْنِ المَوْلَى، وَلَا إِذْنَ فِي البَيْعِ مَعَ الأَجْنَبِيِّ، وَهُوَ إِذْنٌ بِمُبَاشَرَتِهِ بِنَفْسِهِ، غَيْرَ أَنَّ إِزَالَةَ المُحَابَاةِ لِحَقِّ الغُرَمَاءِ، وَهَذَانِ الفَرْقَانِ عَلَى أَصْلِهِمَا.

قَالَ: (وَإِنْ بَاعَهُ المَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ القِيمَةِ أَوْ أَقَلَّ: جَازَ البَيْعُ)؛ لِأَنَّ المَوْلَى أَجْنَبِيٌّ عَنْ كَسْبِهِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلَا تُهْمَةَ فِي هَذَا البَيْعِ؛ وَلِأَنَّهُ مُفِيدٌ فَإِنَّهُ يَدْخُلُ فِي كَسْبِ العَبْدِ مَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ وَيَتَمَكَّنُ المَوْلَى مِن أَخْذِ الثَّمَنِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ هَذَا التَّمَكُّنُ وَصِحَّةُ التَّصَرُّفِ تَتْبَعُ الفَائِدَةَ (فَإِنْ سَلَّمَ المَبِيعَ إِلَيْهِ قَبْلَ قَبْضِ

قوله: (وإن باعه المولى) إلى قوله: **(جاز البيع)** أي: بالإجماع، أما عنده فلأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين، وأما عندهما فلأن جواز البيع يعتمد الفائدة، وقد وجدت فإنه يخرج من كسب العبد إلى ملك المولى ما كان المولى ممنوعًا عنه قبل ذلك لِحَقِّ الغرماء، ويدخل في كسب العبد ما لم يكن تعلق به حق.

قوله: **(فإن سلم المبيع إليه)** أي: إلى العبد بطل الثمن.

وفي المبسوط: هذا جواب ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف: هذا إذا استهلك العبد المقبوض، فإن كان قائمًا في يده للمولى أن يسترده حتى يستوفي الثمن من العبد لما أنه أسقط حقه من العين، بشرط أن يسلم له الثمن، ولم يسلم فبقي حقه في العين على حاله.

الثَّمَنِ: بَطَلَ الثَّمَنُ)؛ لِأَنَّ حَقَّ المَوْلَى فِي العَيْنِ مِن حَيْثُ الحَبْسُ، فَلَوْ بَقِيَ بَعْدَ سُقُوطِهِ يَبْقَى فِي الدَّيْنِ وَلَا يَسْتَوْجِبُهُ المَوْلَى عَلَى عَبْدِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ عَرَضًا؛ لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ، وَجَازَ أَنْ يَبْقَى حَقُّهُ مُتَعَلِّقًا بِالعَيْنِ. قَالَ: (وَإِنْ أَمْسَكَهُ فِي يَدِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ: جَازَ)؛ لِأَنَّ البَائِعَ لَهُ حَقُّ الحَبْسِ فِي المَبِيعِ، وَلِهَذَا كَانَ أَخَصَّ

وجه ظاهر الرواية ما ذكر في المتن.

(ولا يستوجبه) أي: الدين **(على عبده)** لأن الدين يعرف بحق المطالبة، فلو كان للغير على العبد دين كان المطالب هو المولى ببيع العبد حتى يقضي دينه، فلو كان له عليه دين لصح أن يطالب نفسه به، وهو محال، ولأن الوجوب لا يراد لعينه بل للاستيفاء ولا يجوز أن يجب استيفاء ماله من ماله.

(بخلاف ما إذا كان الثمن عرضًا) أي: حينئذ المولى أحق بذلك الثمن من الغرماء لأنه بالعقد ملك العرض لعينه ولا يجب دينا في ذمته ويجوز أن يكون عين ملكه في يد عبده وهو أحق من الغرماء كما لو غصب العبد شيئًا من ماله أو أودع ماله عند عبده أما لو باع العبد من المولى شيئًا وسلم المبيع إليه قبل الثمن لا يسقط الثمن عن المولى لجواز ثبوت الدين على المولى للعبد كذا في المبسوط.

قوله: (فإن أمسكه) أي: جنس المولى المبيع **(حتى يستوفي الثمن)** من العبد **(جاز)**، وإنما ذكر هذه المسألة دفعا لشبهة ترد على قوله: ولا يستوجب المولى على عبده دينًا، بأنه لما لم يستوجب على عبده دينا ينبغي أن لا يملك حبسه، سواء سلم المبيع أو لم يسلمه، فبين الفرق بهذه المسألة فقال: له حق حبس المبيع كما لو باعه من مكاتبه؛ لأن البيع يزيل الملك في العين، ولا يزيل ملك اليد ما لم يصل إليه الثمن، فيبقى ملك اليد للمولى على ما كان حتى يستوفي الثمن، ولأن للدين تعلقًا بالعين، وهو المبيع قبل التسليم، فصار شبهًا بالعين فيجوز أن يكون للمولى حق فيه كما في العين، ولهذا يستوجب بدل الكتابة على المكاتب، وهو دين لما أنه مقابل برقبة المكاتب، بخلاف ما إذا سلم؛ لذهاب التعلق به أصلًا فصار دينًا مرسلًا.

والحاصل: أن ما وجب من الثمن قبل التسليم ليس بدين مطلق فجاز القول

بِهِ مِن الغُرَمَاءِ، وَجَازَ أَنْ يَكُونَ لِلْمَوْلَى حَقٌّ فِي الدَّيْنِ إِذَا كَانَ يَتَعَلَّقُ بِالعَيْنِ (وَلَوْ بَاعَهُ بِأَكْثَرَ مِن قِيمَتِهِ: يُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ المُحَابَاةِ، أَوْ بِنَقْضِ البَيْعِ) كَمَا بَيَّنَّا فِي جَانِبِ العَبْدِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ الغُرَمَاءِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَى المَأْذُونَ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ، فَعِتْقُهُ جَائِزٌ)؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ فِيهِ بَاقٍ، وَالمَوْلَى ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ لِلْغُرَمَاءِ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُمْ بَيْعًا وَاسْتِيفَاءً مِن ثَمَنِهِ (وَمَا بَقِيَ مِن الدُّيُونِ يُطَالَبُ بِهِ بَعْدَ العِتْقِ)؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ فِي ذِمَّتِهِ وَمَا لَزِمَ المَوْلَى إِلَّا بِقَدْرِ مَا أَتْلَفَ ضَمَانًا فَبَقِيَ البَاقِي عَلَيْهِ كَمَا كَانَ (فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِن قِيمَتِهِ ضَمِنَ

بوجوبه، وبعد التسليم صار دينًا مطلقًا، فوجب القول بسقوطه.

قوله: (**ولو باعه**) أي: المولى من عبده المأذون شيئًا بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة سواء كانت الزيادة قليلة أو كثيرة.

قوله: (**كما بينا**) إشارة إلى قوله: (ويخير المولى بين إزالة المحاباة) إلى آخره، فصاحب الكتاب أطلق لفظ المحاباة هاهنا من غير ذكر خلاف، وهذا وقع في اختيار صاحب المبسوط من الأصح كما قررنا.

أما على اختيار صاحب الكتاب، وهو رواية مبسوط شيخ الإسلام: هذا البيع لا يجوز أصلًا عند أبي حنيفة، فلا يرد التخيير عنده، وعندهما: يجوز البيع مع التخيير.

وفي الكافي: ويحتمل أن يكون البيع فاسدًا عند أبي حنيفة على قول بعض المشايخ كما في الفصل الأول.

قوله: (**فعتقه**) أي: إعتاقه جائز، ولا يعلم فيه خلاف، ثم في هذه المسألة قيود:

أحدها: أن المولى يضمن من قيمة رب الدين.

والثاني: أن الدين لو كان أكبر من قيمته يلزمه قيمته تامة فقط.

والثالث: أن ضمانه بالإعتاق لا يتفاوت بين كونه عالمًا بدينه أو لم يكن.

والرابع: أن الدين على العبد بسبب التجارة أو غيرها من الغصب والإتلاف وجحود الوديعة يلزمه قيمته.

الدَّيْنَ لَا غَيْرَ)؛ لِأَنَّ حَقَّهُمْ بِقَدْرِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَ الْمُدَبَّرَ وَأُمَّ الْوَلَدِ الْمَأْذُونِ لَهُمَا وَقَدْ رَكِبَتْهُمَا دُيُونٌ، لِأَنَّ حَقَّ الْغُرَمَاءِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِرَقَبَتِهِمَا اسْتِيفَاءً بِالْبَيْعِ فَلَمْ يَكُنْ الْمَوْلَى مُتْلِفًا حَقَّهُمْ فَلَمْ يَتَضَمَّنْ شَيْئًا قَالَ: (وَإِنْ بَاعَهُ الْمَوْلَى وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ وَقَبَضَهُ الْمُشْتَرِي وَغَيَّبَهُ: فَإِنْ شَاءَ الْغُرَمَاءُ ضَمَّنُوا الْبَائِعَ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاؤُوا ضَمَّنُوا

الخامس: إنما يضمن بإعتاق القن المديون، أما في إعتاق أم الولد(١) المأذون المديون، والمدبر المأذون المديون لا ضمان عليه، كما ذكره في الكتاب، وإعتاق المأذون المديون يخالف إعتاق العبد الجاني بوجهين:

أحدهما: [٢/ ٣٦٤/أ] أن عِلْمَهُ بالجناية يوجب اختيار الفداء، فيلزمه أرش الجناية سواء كان زيادة على قيمته أو لا، وإن لم يعلم يلزمه من قيمته بقدر أرش الجناية، وقيمته أكبر يلزمه عشرة آلاف إلا عشرة، ولا يضمن قيمته تامة؛ لأن المستحق في الدين مالية الرقبة تبعًا للدين فبالإعتاق أتلف ذلك، فيلزمه قيمته سواء كان عالمًا بالدين أو لا، كما في إعتاق المرهون، أما في إعتاق الجاني بوجوب القيمة باعتبار الجناية، وقيمة العبد بالجناية لا تزيد على عشرة آلاف، إليه أشار في المبسوط، والإيضاح.

قوله: (وإن شاؤوا) أي: الغرماء ضمنوا المشتري قيمة هذا التخيير لهم، إذا باعه المولى بغير إذنهم وبغير إذن القاضي، والدين حال، ولا يفي الثمن بديونهم حتى لو باعه بإذنهم أو بإذن القاضي، أو الدين مؤجل إذ يفي الثمن ديونهم لا ضمان على المولى في هذه الوجوه، وذكر هذه القيود في الذخيرة والمبسوط.

ولو باعه المولى مع حضرة الغرماء أو غيبتهم والدين مؤجل جاز بيعه؛ لأنه باع ملكه مع قدرته على تسليمه، وحقهم متأخر إلى زمان حلول الأجل، وإن كان دينهم حالًا، لهم منعه من البيع، ذكره في الذخيرة، والمبسوط.

فإن قيل: حق الغرماء كحق المرتهن، وذلك يمنع الراهن من البيع سواء كان الدين حالًا أو مؤجلًا، وكحق الغرماء في مال، وذلك يبطل التصرف المبطل لحقهم، سواء كان الدين حالًا أو مؤجلًا.

---

(١) بعدها في الأصل: (المال)، وهي غير موجودة بالنسخة الثانية، والسياق بدونها أشبه.

الْمُشْتَرِيَ)؛ لِأَنَّ العَبْدَ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُمْ حَتَّى كَانَ لَهُمْ أَنْ يَبِيعُوهُ، إِلَّا أَنْ يَقْضِيَ الْمَوْلَى دَيْنَهُمْ، وَالبَائِعُ مُتْلِفٌ حَقَّهُمْ بِالبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ، وَالْمُشْتَرِي بِالقَبْضِ وَالتَّغْيِيبِ فَيُخَيَّرُونَ فِي التَّضْمِينِ (وَإِنْ شَاؤُوا أَجَازُوا البَيْعَ، وَأَخَذُوا الثَّمَنَ)؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ وَالإِجَازَةُ اللَّاحِقَةُ كَالإِذْنِ السَّابِقِ كَمَا فِي الْمَرْهُونِ (فَإِنْ ضَمَّنُوا البَائِعَ قِيمَتَهُ ثُمَّ رُدَّ عَلَى الْمَوْلَى

قلنا: لا كذلك إذ للمرتهن في الرهن ملك اليد، وذلك قائم مقام التأجيل في الدين، وبه يعجز الراهن عن التسليم، وليس للغرماء ملك اليد في المأذون، ولا في كسبه، وإنما لهم حق المطالبة بقضاء الدين، وذلك متأخر إلى حلول الأجل، وتصرف المريض في ماله نافذ ما دام حيًّا، وبعد موته لا يبقى الأجل، ولهذا لا يتصرف الوارث في تركته، ويؤمر بقضاء الدين في الحال، فلما لم يبق الأجل بعد موته كان الدين الحال والمؤجل سواء.

أما هاهنا لا سبيل للغرماء على منع المولى من التصرف أو مطالبته بشيء حتى يحل دينهم فإذا حل ضَمَّنوه قيمته؛ لأنه أتلف عليهم محل حقهم وهو المالية، أما إذا كان الدين حالًّا فلهم منعه من بيعه؛ لأن لهم حق المطالبة والاستيفاء فيه، وإنما قيد ضمان كل واحد من البائع والمشتري بالقبض والتغييب؛ لأنهما لا يضمنان بمجرد البيع والشراء، بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد، فإنهم يبيعونه أو يستسعونه كما يريدون، وذلك إنما يفوت بالتغييب لا بمجرد البيع والشراء.

قوله: (**كما في المرهون**) يعني الراهن إذا باع الرهن بلا إذن المرتهن ثم أجاز المرتهن البيع يجوز، وكذا هاهنا.

ثم اختلف المشايخ في قول محمد في الأصل: إذا باعه بغير إذن الغرماء والقاضي فبيعه باطل أي: سيبطل؛ لأنه بيع موقوف على إجازة الغرماء، وللغرماء حق إبطاله.

وقيل: معناه فاسد، أما لو أجازوا البيع أو قضى المولى دينهم نفذ البيع؛ لزوال المانع كالراهن إذا قضى دين المرتهن ينفذ بيعه؛ أما إذا لم يكن شيء من ذلك، والغرماء وجدوا العبد في يد المشتري، ولم يجدوا البائع لم يكن المشتري خصمًا في نقض البيع على قول أبي حنيفة، ومحمد، خلافًا لأبي يوسف، كذا في المبسوط.

بِعَيْبٍ، لِلْمَوْلَى أَنْ يَرْجِعَ بِالقِيمَةِ، وَيَكُونَ حَقُّ الغُرَمَاءِ فِي العَبْدِ)؛ لِأَنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ قَدْ زَالَ وَهُوَ البَيْعُ وَالتَّسْلِيمُ، وَصَارَ كَالغَاصِبِ إِذَا بَاعَ وَسَلَّمَ وَضَمِنَ القِيمَةَ، ثُمَّ رَدَّ عَلَيْهِ بِالعَيْبِ كَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ عَلَى المَالِكِ وَيَسْتَرِدَّ القِيمَةَ كَذَا هَذَا.

قَالَ: (وَلَوْ كَانَ المَوْلَى بَاعَهُ مِن رَجُلٍ وَأَعْلَمَهُ بِالدَّيْنِ: فَلِلْغُرَمَاءِ أَنْ يَرُدُّوا البَيْعَ) لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ، وَهُوَ حَقُّ الِاسْتِسْعَاءِ، وَالِاسْتِيفَاءِ مِن رَقَبَتِهِ، وَفِي كُلٍّ وَاحِدٍ مِنهُمَا فَائِدَةٌ، فَالأَوَّلُ تَامٌّ مُؤَخَّرٌ، وَالثَّانِي نَاقِصٌ مُعَجَّلٌ، وَبِالبَيْعِ تَفُوتُ هَذِهِ الخِيرَةُ، فَلِهَذَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ. قَالُوا: تَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِمْ الثَّمَنُ، فَإِنْ وَصَلَ وَلَا مُحَابَاةَ فِي البَيْعِ لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ لِوُصُولِ حَقِّهِمْ إِلَيْهِمْ.

قوله: (فللمولى أن يرجع بالقيمة) أي: على الغرماء **(وحقهم في العبد)** لزوال سبب الضمان.

قوله: (وأَعْلَمَ) أي: المشتري بأن قال: هذا عبد مديون، وفائدة الإعلام سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين حتى يقع البيع لازمًا فيما بينهما، وإن لم يكن لازمًا في حق الغرماء، إذا لم يكن في ثمنه وفاء بدينهم في **(الأول)** أي: الاستسعاء **(تام مؤخّر)** **(والثاني)** أي: البيع **(ناقص مُعجّل)**.

قوله: (فإن وصل ولا محاباة في البيع) إلى آخره.

في النهاية: في هذا اللفظ نوع نظر، إذ كان من حقه أن يقال: وتأويله إذا باع بثمن لا يفي بديونهم بخلاف ما لو كفل بغير أمر، ثم أجاز الأصيل الكفالة؛ لأنها وقعت غير موجبة للرجوع، ولم يتوقف نفاذ الكفالة ولزومها على الإجازة، ولم يصر المولى مختارًا لقضاء ما عليه بالبيع كما في الجناية، فإنه يصير مختارًا للفداء، إذ الدين هاهنا واجب على العبد، وأمكن استيفاؤه منه بتقدير العتق، فلا يصير مختارًا كما هو المذكور في نكاح الجامع الكبير لفخر [٢/ ٣٦٤/ ب] الإسلام، والجامع الصغير لقاضي خان، والذخيرة.

وذلك لأنه إذا لم يكن في البيع محاباة، ولكن الثمن إذا كان لا يفي بدينهم، لهم أن يردوا البيع؛ لفوات حقهم في الاستسعاء فيما بقي من ديونهم على العبد، وبما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى، وهو انسداد باب الرد

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ البَائِعُ غَائِبًا، فَلَا خُصُومَةَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ المُشْتَرِي) مَعْنَاهُ: إِذَا أَنْكَرَ الدَّيْنَ، وَهَذَا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: المُشْتَرِي خَصْمُهُمْ وَيُقْضَى لَهُمْ بِدَيْنِهِمْ)(*) وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا اشْتَرَى دَارًا وَوَهَبَهَا وَسَلَّمَهَا وَغَابَ، ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ، فَالمَوْهُوبُ لَهُ لَيْسَ بِخَصْمٍ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ. وَعَنْهُمَا مِثْلُ قَوْلِهِ فِي مَسْأَلَةِ الشُّفْعَةِ. لِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَدَّعِي المِلْكَ لِنَفْسِهِ فَيَكُونُ خَصْمًا لِكُلِّ مَنْ يُنَازِعُهُ.

لهم؛ لأنه يحتمل أن لا يفي الثمن بدينهم، وإن لم يكن في البيع محاباة، فتبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء، اللهم إلا أن يريد.

(فإن وصل فلا محاباة في البيع) رضي الغرماء بأخذهم الثمن، فإنهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع، فينسد حينئذ باب الرد، ولكن احتمال إرادة إحضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باقٍ، فلا ينهض ذلك اللفظ حينئذٍ بيانًا لانسداد باب الرد لهم من كل وجه.

والمعول ما ذكره قاضي خان في جامعه، وتأويله إذا باع بثمن لا يفي بديونهم؛ لأنه كان لهم حق الاستسعاء إلى أن يقبل إليهم حقهم، وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري، وكان لهم نقض البيع.

قوله: **(ومعناه إذا أنكر الدين)** أي: المشتري الدين قيد به؛ لأنه لو أقر المشتري بدينهم وصَدَّقَهم فلهم نقضه بلا خلاف إذا لم يفِ الثمن بديونهم ذكره المحبوبي.

وكذا لو كان المشتري غائباً؛ والبائع حاضر فلا خصومة بينهم وبين البائع في رقبة العبد بلا خلاف، ذكره في المبسوط.

(خصما لكل من ينازعه) فيما في يده كرجل ادعى أن العين الذي في يد هذا رهن عنده، فإن ذا اليد يكون خصمًا له، وليس كالبائع إذا كانت الدار في يده أنه لا يكون خصمًا للشفيع؛ لأنه لا يدعي الملك لنفسه حتى لو كانت في يد المشتري، يكون المشتري خصمًا للشفيع؛ لأنه يدعي الملك لنفسه.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

وَلَهُمَا: أَنَّ الدَّعْوَى تَتَضَمَّنُ فَسْخَ العَقْدِ، وَقَدْ قَامَ بِهِمَا فَيَكُونُ الفَسْخُ قَضَاءً عَلَى الغَائِبِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَدِمَ مِصْرًا وَقَالَ: أَنَا عَبْدٌ لِفُلَانٍ، فَاشْتَرَى وَبَاعَ، لَزِمَهُ كُلُّ شَيْءٍ مِن

قوله: (والفسخ يكون قضاء على الغائب) والحاضر ليس بخصم عنه، وقال المحبوبي وقاضي خان: لا فائدة في جعل المشتري خصمًا، إذ لو جعلناه خصمًا ونقضوا البيع عليه لا يمكن أن يباع في ديونهم؛ لأنه يعود إلى ملك البائع وهو غائب، وفي بيعه قضاء على الغائب، وذلك لا يجوز، وهذا الطريق يوجب أن تكون مسألة الشفعة على الاختلاف، بخلاف الرهن فإن في جعل ذي اليد خصمًا ثَمَّ فائدة؛ لأن الرهن لا يباع.

قوله: (ومن قَدِمَ مصرًا) أطلق ولم يقل: وإذا قَدِمَ عبدٌ مِصرًا؛ لأنه لا يعلم كونه عبدًا إلا بقوله.

وقوله: (لزمه كل شيء) جواب المسألة، والمسألة على وجهين:

أحدهما: أن يخبر أن مولاه أذن له فتصدق استحسانًا، عدلًا كان أو غير عدل، والقياس: لا يصدق، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأنه مجرد دعوى منه، فلا يصدق إلا بحجة لقوله ﷺ: «**البيّنةُ علَى المُدَّعِي**»(١)، والحجة عندهم إما البينة أو السماع من مولاه، أو إذنه أو شهرة إذنه بين الناس.

وجه الاستحسان: أن الناس تعاملوا ذلك، وإجماع المسلمين حجة يخص به الأثر وترك به القياس، ولأن في ذلك بلوى وضرورة فإن الإذن لا بد منه لصحة تصرفه، وإقامة الحجة عند كل عقد، إذ الإنسان قد يبعث عبده للتجارة فلو لم يقبل قوله لاحتاج إلى أن يبعث شاهدين، وقلما يوجد ذلك وما ضاق

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ١٩ رقم ١٣٤١) عن عبد الله بن عمرو ﷺ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي خُطْبَتِهِ: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، وَاليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ»، والبيهقي في "السنن الكبرى" (٨/ ١٢٣ رقم ١٦٦٨٢) بلفظ: «البَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى، وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ إِلَّا فِي القَسَامَةِ».
قال الترمذي: هذا حديث في إسناده مقال، ومحمد بن عبيد الله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضَعَّفَهُ ابن المبارك، وغيره.
وأخرجه البخاري (٣/ ١٤٣ رقم ٢٥١٤)، ومسلم (٣/ ١٣٣٦ رقم ١٧١١) عن ابن عباس ﷺ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِاليَمِينِ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ.

التِّجَارَةِ)؛ لِأَنَّهُ إنْ أَخْبَرَ بِالإِذْنِ فَالإِخْبَارُ دَلِيلٌ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يُخْبِرْ فَتَصَرُّفُهُ دَلِيلٌ عَلَيْهِ، إذْ الظَّاهِرُ أَنَّ المَحْجُورَ يَجْرِي عَلَى مُوجِبِ حَجْرِهِ، وَالعَمَلُ بِالظَّاهِرِ هُوَ الأَصْلُ فِي المُعَامَلَاتِ كَيْ لَا يَضِيقَ الأَمْرُ عَلَى النَّاسِ، (إلَّا أَنَّهُ لَا يُبَاعُ فِي الدَّيْنِ حَتَّى يَحْضُرَ مَوْلَاهُ)؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّقَبَةِ؛ لِأَنَّهَا خَالِصُ حَقِّ المَوْلَى، بِخِلَافِ الكَسْبِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ العَبْدِ عَلَى مَا بَيَّنَّا (فَإِنْ حَضَرَ فَقَالَ: هُوَ مَأْذُونٌ، بِيعَ فِي الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ الدَّيْنُ فِي حَقِّ المَوْلَى (وَإِنْ قَالَ: هُوَ مَحْجُورٌ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ)؛ لِأَنَّهُ مُتَمَسِّكٌ بِالأَصْلِ.

على الناس أمره وعمت بليته سقطت قضيته، وكذا هذا القياس.

والاستحسان في دعوى الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة وما أشبهها، والثاني أن يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء إلا بالإذن ولا بكونه عبدًا.

فالقياس فيه أن لا يثبت الإذن؛ لأن السكوت محتمل، وبه قال الشافعي في الأظهر، والعمل بالظاهر هو الأصل، إذا الظاهر أنه مأذون؛ لأن أمور المسلمين محمولة على الصلاح، ولا يثبت الجواز بالإذن، فوجب أن يحمل عليه، إذ الظاهر هو الأصل في المعاملات دفعًا للضرر عن الناس.

والقياس أن يشترط عدالة المخبر؛ لأن خبر العدل حجة، وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة والبلوى، فإذا ثبت كونه مأذونًا بالنظر إلى الظاهر صحت تصرفاته، ولزمته الديون فيستوفى من كسبه.

قوله: (**إلا أنه لا يباع**) يعني إذا لم يكن في كسبه وفاء لم تبع رقبته حتى يحضر سيده؛ لأنه لم يصدق على مولاه لأن بيع الرقبة ليس من لوازم الإذن، كما في المدبر وأم الولد المأذونين، لا تباع رقبتهما في الدين.

وقوله: (**على ما بينا**) إشارة إلى قوله (لتعلق الدين بكسبه)؛ لأنه من لوازم الإذن بالتجارة.

(**فإن حضر**) أي: مولاه، (**بيع** [٢/ ٣٦٥/أ] **في الدين**) أي: إذا لم يقض المولى بينهما دينه لظهور دينه في حقه.

قوله: (**فالقول له**) أي: للمولى مع يمينه، وعلى الغرماء البينة؛ لأن دعوى العبد الإذن عليه كدعواه العتق والكفالة، فلا يقبل قوله عند جحود المولى إلا بالبينة.

فَصْلٌ: [أَحْكَامُ إذنِ الصَّبِيِّ وَالمَعْتُوهِ]

(وَإِذَا أَذِنَ وَلِيُّ الصَّبِيِّ لِلصَّبِيِّ فِي التِّجَارَةِ، فَهُوَ فِي البَيْعِ وَالشِّرَاءِ كَالعَبْدِ المَأْذُونِ إذَا كَانَ يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ حَتَّى يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَنْفُذُ؛ لِأَنَّ حَجْرَهُ لِصِباهُ فَيَبْقَى بِبَقَائِهِ، وَلِأَنَّهُ مُوَلًّى عَلَيْهِ حَتَّى يَمْلِكَ الوَلِيُّ التَّصَرُّفَ عَلَيْهِ وَيَمْلِكَ حَجْرَهُ فَلَا يَكُونُ وَالِيًا لِلْمُنَافَاةِ وَصَارَ كَالطَّلَاقِ وَالعَتَاقِ، بِخِلَافِ الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ؛

فَصْلٌ

لما فرغ من بيان أحكام العبد في الإذن شرع في أحكام إذن الصغير، وقدم الأول لكثرة وقوعه.

قوله: (إذا كان يعقل البيع) أي: يعرف أن البيع سلب للملك، والشراء جالب للملك، ويعرف الغبن اليسير والفاحش لا نفس العبارة، فإن كل صبي لو لقن البيع والشراء يتلقنه، كذا في المغنى.

قوله: (وقال الشافعي: لا ينفذ) تصرفه بإذنه، وبه قال مالك، وأحمد في رواية، وقال أحمد في رواية، وبعض أصحاب الشافعي في وجه: كقولنا.

قوله: (فيبقى الحجر ببقائه) أي: ببقاء الصبا، ولا ينتقض بالرق، فإنه يصير مأذونًا مع بقاء الرق؛ لما أن حجر الصبي لنقصان عقله لا لِحَقِّ غيره، بخلاف العبد فإن حجره لِحَقِّ مولاه لا لنقصان عقله، فبالإذن صار المولى راضيا بتصرفه وكسبه.

(**حتى يملك الوليّ التصرف**) أي: التصرف الذي أذن له فيه، (**ويملك حجره**) أي: حجر الصبي عن ذلك التصرف، فلا يكون واليًا فيه إذ كونه موليًا عليه في هذا التصرف سمة عجزه فيه، وكونه واليًا فيه سمة القدرة، وهما متضادان فلا يجتمعان في فعل واحد، ولأنه تعالى قال: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟﴾ [النساء:٦] فقد شرط البلوغ وإيناس الرشد لدفع المال إليهم، فدل أنه ليس بأهل للتصرف؛ لأنه باع واشترى ثم بلغ فأجاز لم يجز، ولو صح كلامه لتوقف كالعبد يتزوج ثم يعتق، فإنه يصح، وكذا إذن الأب لو صح في حقه يملك الإقرار عليه بالدين، كما يملك في حق العبد، وكذا عدم وجوب الفرائض عليه يدل أنه غير أهل للتصرف، وأيضًا قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ﴾ [النساء:٥]

لِأَنَّهُ لَا يُقَامُ بِالوَلِيِّ، وَكَذَا الوَصِيَّةُ عَلَى أَصْلِهِ، فَتَحَقَّقَتْ الضَّرُورَةُ إِلَى تَنْفِيذِهِ مِنْهُ.

الآية، والمراد بها الصبيان والمجانين.

قوله: (على أصلي)[1] فإن من أصله أن يكون كل تصرف يتحقق من الولي لا يصح كمباشرة الصبي؛ لأن تصرفه فيه بسبب الضرورة، ولا ضرورة فيما يتصرف فيه الولي، وكل تصرف[2] لا يتحقق بمباشرة الولي جعل عقله في ذلك معتبرًا، فلهذا تعتبر وصيته بأعمال البر واختيار الأبوين، ولا تتحقق الضرورة فيما يمكن تحصيله برأي الولي، ولهذا لم يصحح الشافعي إسلامه بنفسه لتحقق إسلامه بإسلام أحد أبويه، كذا في المبسوط.

قلنا: قوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ﴾ [النساء:٦] الآية، والابتلاء: الاختبار، والامتحان.

واختباره بتفويض التصرفات إليه، فإن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع والشراء، وإن كان من أولاد الدهاقين والكبراء يصان أمثالهم عن الأسواق، دفعت إليه نفقته مدة لينفقها في مصالحه، فإن صرفها في موقعه ويستقصي عليه فهو رشيد.

فظاهر الآية يقتضي ابتلاءهم قبل البلوغ؛ لأنه مدة الابتلاء إلى البلوغ بلفظة ﴿حَتَّىٰٓ﴾ فيدل على أن الاختبار قبله، فعلم أن دفع المال إليه، وتمكينه من التصرفات جائز قبل البلوغ إذا صار عاقلًا، ولأن التصرف المشروع صدر من أهله في محله فوجب تنفيذه، ولا خفاء في شرعية التصرف والمحلية.

وكذا في الأهلية؛ لأن الأهلية للتصرف في التكلم عن تمييز وبيان، لا عن تلقين وهذيان، والكلام فيه فتثبت الولاية، وهذا لأن الصبي يقرب من المنافع، ويبعد من المضار؛ لأن الصبا سبب المرحمة، واعتبار كلامه في التصرف محض منفعة؛ لأن الآدمي بايَنَ سائرَ الحيوانات بالبيان، وهو من أعظم المنافع عند العقلاء، وهذه منفعة لا يمكن تحصيلها بمباشرة الولي فيجب أن يعتبر.

---

(١) هكذا بالأصول، وتقدم في المتن (أصله) ولعله الصواب.

(٢) في الأصل (صرف)، والمثبت من النسختين الثانية والثالثة.

أَمَّا بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ: فَيَتَوَلَّاهُ الوَلِيُّ فَلَا ضَرُورَةَ هَاهُنَا. وَلَنَا: أَنَّ التَّصَرُّفَ المَشْرُوعَ صَدَرَ مِن أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ عَنْ وِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ، فَوَجَبَ تَنْفِيذُهُ عَلَى مَا عُرِفَ تَقْرِيرُهُ فِي الخِلَافِيَّاتِ. وَالصِّبَا سَبَبُ الحَجْرِ لِعَدَمِ الهِدَايَةِ لَا لِذَاتِهِ، وَقَدْ ثَبَتَتْ نَظَرًا

قوله: **(والصبا سبب الحجر لعدم الهداية)** أي: إلى التصرفات لا لذاته، وهو جواب عن قول الشافعي: أن الصبا سبب الحجر فيبقى ببقائه، يعني الصبا سبب الحجر؛ لعدم هدايته إلى التصرفات لا لذاته، وبإذن الولي يستدل على ثبوت هدايته فيها؛ لأن الظاهر أن لا يأذن له حتى يعرف هدايته فيها، وبقاء ولاية الولي لنظر الصبي؛ لتوسع طريق النيل في الإصابة، فيستوفي المصلحة بطريق مباشرة الولي، وبمباشرة الصبي، ويمكنه من حجره؛ لاحتمال تبدل حاله من الهداية إلى غيرها، ومتى جعلنا وليًّا باعتبار أصل الأهلية لم نجعله فيه موليًا عليه، ومتى[٢/ ٣٦٥/ب] جعلناه موليًا عليه باعتبار قصور الأهلية لم نجعله وليًّا فيه، والحاصل أن الصبي مستحق النظر مصون عن الضرر.

والتصرفات ثلاثة أنواع:

ضار محض: كالطلاق، والعتاق، والهبة، والصدقة، فلا يملكه الصبي، وإن أذن له الولي.

ونافع محض: كقبول الهدية، والصدقة، فيملكه بغير إذنه.

ودائر بين النفع والضرر: كالبيع، والشراء، والإجارة، والنكاح، فيملكه بإذنه؛ لأن الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث إنه عاقل مميز، ويشبه الطفل الذي لا عقل له من حيث إنه لم يتوجه عليه الخطاب، وفي عقله قصور، وللغير عليه ولاية، فألحقناه بالبالغ في النافع المحض، وبالطفل في الضار المحض، وفي الدائر بينهما بالطفل عند عدم الإذن، وبالبالغ عند الإذن؛ لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الإذن، ولكن قبل الإذن يكون منعقدًا موقوفًا على إجارة الولي.

وأما الجواب عن قوله: إذا باع الصبي ثم بلغ فأجاز لم يجز؛ لأن عدم الجواز باعتبار أنه حين عقد بغير إذن الولي ملحق بالأطفال، فلا يقبل الجواز بعد بلوغه؛ لأن اشتراط توقف التصرف لأجل شيء يجب أن يكون ذلك الشيء

إِلَى إِذْنِ الوَلِيِّ، وَبَقَاءُ وِلَايَتِهِ لِنَظَرِ الصَّبِيِّ لِاسْتِيفَاءِ المَصْلَحَةِ بِطَرِيقَيْنِ وَاحْتِمَالِ تَبَدُّلِ الحَالِ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ وَالعَتَاقِ؛ لِأَنَّهُ ضَارٌّ مَحْضٌ فَلَمْ يُؤَهَّلْ لَهُ. وَالنَّافِعُ المَحْضُ كَقَبُولِ الهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ يُؤَهَّلُ لَهُ قَبْلَ الإِذْنِ، وَالبَيْعُ وَالشِّرَاءُ دَائِرٌ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرَرِ فَيُجْعَلُ أَهْلًا لَهُ بَعْدَ الإِذْنِ لَا قَبْلَهُ، لَكِنْ قَبْلَ الإِذْنِ يَكُونُ مَوْقُوفًا مِنْهُ عَلَى إِجَازَةِ الوَلِيِّ لِاحْتِمَالِ وُقُوعِهِ نَظَرًا، وَصِحَّةُ التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهِ، وَذِكْرُ الوَلِيِّ فِي الكِتَابِ يَنْتَظِمُ الأَبَ وَالجَدَّ عِنْدَ عَدَمِهِ وَالوَصِيَّ ....

موجودًا في نفسه على ما مر في مسائل تصرف الفضولي، أما لو أجاز الولي جاز؛ لأن الولي موجود فجاز أن يتوقف تصرفه إلى رأيه، وبإذنه يرفع الحاجز شرعًا، ثم تبين أنه كالبالغ.

ولكن ذكر في الكافي: لو بلغ فأجازه جاز عندنا، خلافا لزفر؛ لأنه توقف على إجازة وليه، وقد صار وليًّا بنفسه، بخلاف العبد إذا تزوج ثم عتق؛ لأن عدم الجواز كان لحق المولى لا لنقصان فيه، فإذا زال حقه بالعتق نفذ التصرف، وأما عدم وجوب الفرائض مع صحة النوافل على ما ذكرنا أن الصبي يقرب من المنافع، ويبعد من المضار، وفي توجه الخطاب إضرار عاجل؛ لأنه لو توجه عليه ثم لا يؤدي يبقى في وباله، بخلاف النوافل.

وأما الآية الأولى فحجة لنا كما ذكرنا، وكذا المراد من السفهاء الذين لا يعقلون البيع أو النساء، وهو أن الرجل يدفع المال إلى زوجته، ويجعل التصرف فيه إليها، وذلك منهي عنه.

قوله: (والجد عند عدمه والوصي) الواو هاهنا ليس للترتيب؛ لأن وصي الأب مقدم على الجد.

وفي المبسوط[١]: وليه أبوه، ثم وصيه، ثم الجد أب الأب، ثم وصيه، ثم القاضي أو وصي القاضي، فأما الأم أو وصيها فلا ولاية لهما عليه، فلا يصح الإذن منهما، ولا يقال وصي الأم لو باع العروض التي ورث الصغير من أمه يجوز؛ لأن ذلك من باب الحفظ على الأم الميتة وعلى الصغير، لا لأنه تجارة

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٥/ ٢٣).

وَالقَاضِي وَالوَالِي، بِخِلَافِ صَاحِبِ الشُّرَطِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ إِلَيْهِ تَقْلِيدُ القُضَاةِ، وَالشَّرْطُ أَنْ يَعْقِلَ كَوْنَ البَيْعِ سَالِبًا لِلْمِلْكِ جَالِبًا لِلرِّبْحِ، وَالتَّشْبِيهُ بِالعَبْدِ المَأْذُونِ لَهُ يُفِيدُ أَنَّ مَا يَثْبُتُ فِي العَبْدِ مِن الأَحْكَامِ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ؛ لِأَنَّ الإِذْنَ فَكُّ الحَجْرِ وَالمَأْذُونُ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّةِ نَفْسِهِ عَبْدًا كَانَ أَوْ صَبِيًّا، فَلَا يَتَقَيَّدُ تَصَرُّفُهُ بِنَوْعٍ دُونَ نَوْعٍ.

وَيَصِيرُ مَأْذُونًا بِالسُّكُوتِ كَمَا فِي العَبْدِ.

حتى لو اشترى شيئًا آخر لليتيم لا يجوز، وليس في الآخر تحصين وحفظ، كذا في الذخيرة.

وعند الأئمة الثلاثة: وصي الصبي والمجنون: الأب، ثم الجد وإن عدما فالسلطان.

قوله: (**بخلاف صاحب الشُّرَط**) الشرطة بالسكون والحركة خيار الجند، وأول كتيبة تحضر الحرب، والجمع: شُرَط، وصاحب الشرطة يراد به أمير البلدة كأمير بخارى، كذا في المغرب.

فكان الوالي أكبر من صاحب الشرط، فإنه يتولى تقليد القضاء دون صاحب الشرط، بل فوض إليه أمر خاص لا تقليد القضاء، فلا يلي التصرفات على الناس.

قوله: (**أن يعقل كون البيع**) أي: عقد البيع والشراء إلى آخره، ويعرف الغبن الفاحش واليسير كما ذكرنا في رواية المغني.

(**والتشبيه بالعبد**) أي: في قوله: (وهو في البيع والشراء كالعبد المأذون) بعقد.

(**أن ما يثبت في العبد**) إلى آخره، ولا يقال: لا يستقيم تعميم **قوله**: (**أن ما يثبت في العبد**) إلى آخره، فإن العبد المأذون متصرف في كسبه، ولا يتصرف فيه مولاه، أما ولي الصبي يتصرف في كسبه؛ لأنا نقول: تعميمه في تصرفات العبد وإعجازه، وعدم إعجازه، لا في إعجاز المولى وعدم إعجاز الولي، فلا يرد نقضًا على العموم.

وفي المبسوط: إنما يملك وصي الصبي التصرف في كسبه، سواء كان على الصبي دين أو لا؛ لأن دين الحر في ذمته، لا تعلق له بماله بخلاف دين العبد

وَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِمَا فِي يَدِهِ مِن كَسْبِهِ، وَكَذَا بِمَوْرُوثِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، كَمَا يَصِحُّ إِقْرَارُ العَبْدِ وَلَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ عَبْدِهِ و ....

المأذون، فإنه يتعلق بكسبه، ويصير المولى في التصرف كأجنبي آخر، إذا كان الدين مستغرقًا[١].

قوله: (**ويصح إقراره**) أي إقرار الصبي وإنما ذكر هذا بعد ما ذكره بطريق التعميم؛ ليتناول الدين والعين؛ لأنه صار منفك الحجر بالإذن، فصار كما لو كان منفك الحجر بالبلوغ.

فإن قيل: الولاية المتعدية فرع ولاية القائمة، ثم [٢/ ٣٦٦/أ] إقرار الولي عليه باطل، فكيف يستفيد هو بإذنه ما لم يملكه الولي؟

قلنا: إقراره بعد الإذن على نفسه من صنيع التجار، ومما لا تتم التجارة إلا به؛ لأن الناس إذا علموا أن إقراره لا يصح يحترزون عن معاملته، أما إقرار وليه عليه قول على الغير وهو شهادة، وشهادة الفرد لا تكون حجة، إذ إقرار المرء على نفسه حجة لا على غيره، وبقوله في ظاهر الرواية يحترز عما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: أن إقراره فيما ورثه لا يصح؛ لأن إقراره في كسبه كحاجته إلى التجارة، وهذه الخاصة تنعدم في الموروث.

وجه الظاهر: أن انفكاك الحجر بالإذن عنه كانفكاكه بالبلوغ فيصح في الكل؛ لأنه لما التحق إلى رأيه رأي وليه صار هو كالبالغ، ولهذا جوَّز أبو حنيفة -رحمه الله- تصرفه بعد الإذن بالغبن الفاحش كالبالغ.

قوله: (**ولا يملك تزويج عبده**) قيد بالعبد؛ لأن عدم جوازه تزويجه بالإجماع، أما عدم جواز تزويج أمته خلاف بين أبي حنيفة، ومحمد، وبين أبي يوسف فعنده: يملك تزويج أمته؛ لأن فيه تحصيل المال، فيملكه كالعبد المأذون.

وعندهما: لا يملكه؛ لأن النكاح ليس من عقود التجارة كالعبد المأذون وقد مر.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٥/ ٢٦).

لَا كِتَابَتِهِ كَمَا فِي العَبْدِ وَالمَعْتُوهِ الَّذِي يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ بِمَنْزِلَةِ الصَّبِيِّ يَصِيرُ مَأْذُونًا بِإِذْنِ الأَبِ وَالجَدِّ وَالوَصِيِّ دُونَ غَيْرِهِمْ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الصَّبِيِّ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

قوله: (ولا كتابته) أي: لا يملك كتابته عنده كما في العبد المأذون، أما تملك إذن عبده في التجارة كالعبد.

فإن قيل: الأب والوصي يملكان الكتابة في عبد الصبي فينبغي أن يملكها الصبي بعد الإذن أيضًا؛ لأن ولايته مستفادة منهما.

قوله: (والمعتوه الذي) إلى آخره، يعني الجواب فيه كالجواب في الصبي المميز، ولا يعلم فيه خلاف.

وفي الذخيرة: المعتوه الذي يعقل البيع والشراء كالصبي إذا بلغ معتوها، أما إذا بلغ عاقلًا[(١)] ثم عته، فأذن له الأب في التجارة هل يصح إذنه؟

فقال أبو بكر البلخي: لا يصح إذنه قياسًا، وهو قول أبي يوسف، ويصح استحسانًا، وهو قول محمد، وهذا بخلاف ما لو عته الأب أو جن، فإنه لا يثبت للابن الكبير ولاية التصرف في ماله، إنما تثبت له ولاية التزويج؛ لأن ولاية التصرف للقريب في مال القريب إنما تثبت إذا كان الولي كامل الرأي، وافر الشفقة، والأب كامل الرأي، وافر الشفقة تثبت له ولاية التصرف في المال والنفس، أما إذا كان كامل الرأي تام الشفقة يثبت له الولاية في النفس دون المال كالأخ.

قوله: (وغيرهم)[(٢)] من الأقارب كالابن، والأخ، والعم، وقيد بقوله: (من الأقارب) لأن للقاضي ولاية في إذن المعتوه، ذكره في المبسوط[(٣)].

وقوله: (على ما بينا) إشارة إلى قوله: **(وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد)**[(٤)] إلى آخره، ولو اشترى أبٌ أو وصيٌّ أمةٍ للصغيرِ أو المعتوهِ، وهي ذات رحم محرم من الصغير أو المعتوه لا ينفذ عليهما، وإنما ينفذ على الأب والوصي؛ لأنه لا نظر في هذا والله أعلم.

---

(١) في الأصل: (معتوهًا)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) هكذا بالأصول، وتقدم في المتن: (دون غيرهم).
(٣) المبسوط للسرخسي (٢٥/ ٤٠).
(٤) انظر المتن ص ٥٦٥.

كِتَابُ الغَصْبِ

الغَصْبُ فِي اللُّغَةِ: أَخْذُ الشَّيْءِ مِن الغَيْرِ عَلَى سَبِيلِ التَّغَلُّبِ لِلاسْتِعْمَالِ فِيهِ.
وَفِي الشَّرِيعَةِ: أَخْذُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ مُحْتَرَمٍ بِغَيْرِ إِذْنِ المَالِكِ عَلَى وَجْهٍ يُزِيلُ يَدَهُ.

كِتَابُ الْغَصْبِ

وجه مناسبة الغصب للإذن أن بالإذن يصح إقراره بالدين، وبالغصب كان ذكر النوع بعد الجنس، أو ما دام الغصب قائمًا في يد الغاصب لا يملكه كالعبد المأذون فإنه غير مالك لرقبة ما في يده من الكسب.

اعلم أن محاسن الغصب من حيث الأحكام لا من حيث الإقدام كما في الجنايات، فلذا [أورد](١) كتاب الغصب في الكتب.

ثم الغصبُ لغةً: أخذ الشيء ظلمًا وقهرًا، مصدر غصب غصبًا، وسمي المغصوب غصبًا تسميةً بالمصدر.

وشرعًا: أَخْذُ مال متقوم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده.

(وقيد بمال محترم) أي: متقوم احترازًا عن غصب مال الحربي في دار الحرب.

وقيد بقوله: (**على وجه يزيل يد المالك**) إذ الشرط فيه عندنا زوال اليد المحقة، وإثبات اليد المبطلة، وعلى هذا تخرج المسائل [عن](٢) أن إزالة اليد المحقة بالنقل والتحويل.

وعند الشافعي وغيره: إثبات اليد في المنقول بالنقل إلا في الدابة، فيلزم فيها الركوب، وفي الفراش الجلوس عليه، وفي العقار الغصب يتحقق بالدخول

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

حَتَّى كَانَ اسْتِخْدَامُ العَبْدِ وَحَمْلُ الدَّابَّةِ غَصْبًا دُونَ الجُلُوسِ عَلَى البِسَاطِ، ثُمَّ إنْ كَانَ مَعَ العِلْمِ فَحُكْمُهُ المَأْثَمُ وَالمَغْرَمُ، ....

وإزعاج المالك حتى لو أزعج ولم يدخل لم يضمن، ولو دخل ولم يزعج ولم يقصد الاستيلاء لم يضمن، وإن قصد صار غاصبًا للنصف، والنصف في [٢/ ٣٦٦/ب] يد المالك، والضعيف إذا دخل دار القوي وهو فيها وقصد الاستيلاء لم يضمن؛ لأن المقصود غير ممكن، وإن لم يكن القوي فيها ضمن، كذا في الوجيز، وشرحه.

واستخدام العبد، وحمل الدابة غصب بلا خلاف؛ لأنه إثبات يد التصرف عليه وذلك يوجب قصر يد المالك عنه، ولو جلس على بساط غيره أو فراشه، أو ركب دابة غيره ولم يزله من مكانه لم يكن غاصبًا؛ لأن جلوسه استعماله وهو تصرف فيه.

قلنا: البسط فعل المالك، وقد يقع أثر فعله في الاستعمال، فلم يكن الغاصب مزيلا يده.

وكذا لو غصب حمارًا، أو ساقه فانساق جحشه فأكله الذئب لا يضمنه [الغاصب][(١)] إن لم يسق الجحش معه.

وكذا لو منع أصحاب المواشي حتى ضاعت لم يضمن عندنا، وعند الشافعي أيضًا.

ولكن ذكر في فتاوى قاضي خان مسألة تخالف هذا الأصل فإنه قال: لو غصب عجولًا فاستهلكه حتى ييبس لبن أمه قال أبو بكر البلخي: يضمن قيمة العجول، ونقصان الأم وإن لم يفعل في الأم شيئًا.

وفائدة الخلاف بيننا وبين الشافعي: زوائد المغصوب كالولد والثمن فإنها غير مضمونة عندنا خلافًا له.

(ثم إن كان) أي: الغصب **(مع العلم فحكمه المغرم والمأثم)** بإجماع العلماء وبالكتاب قال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩]

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

وَإِنْ كَانَ بِدُونِهِ فَالضَّمَانُ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ العَبْدِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَصْدِهِ وَلَا إِثْمَ؛ لِأَنَّ الخَطَأَ مَوْضُوعٌ.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ شَيْئًا لَهُ مِثْلٌ كَالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ، فَهَلَكَ فِي يَدِهِ، فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ) وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: ....

والآيات كثيرة.

وبالسنة: قال عليه الصلاة والسلام في خطبته يوم النحر: «**إنَّ دِماءَكم وأموالَكُم حَرامٌ كحُرمَةِ يومِكُم هَذا في شَهْرِكُم هَذا وبَلَدِكُم هَذا**» رواه مسلم وغيره[1]، وقال ﷺ: «**مَنْ أخذَ شِبرًا مِنَ الأرضِ ظُلْمًا طَوَّقَهُ اللهُ مِنْ سَبعِ أَرَضِين**» متفق عليه[2]. وقال ﷺ: «**لا يَحِلُّ مالُ امرئٍ مُسلمٍ إلّا بطيبِ نَفْسِهِ منه**»[3].

(وإن كان بدونه) أي: بدون العلم بأن ظن المأخوذ ماله، أو اشترى عينًا، ثم ظهر استحقاقه **(فالضمان)**.

وكذا إن كان الآخذ مغرورًا لجهله، وعدم قصده دون الإثم بالإجماع؛ لأن الخطأ مرفوع شرعًا، قال ﷺ «**رُفِعَ عَن أمّتي الخَطأُ**» الحديث، وقال تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [الأحزاب:٥].

قوله: (وفي بعض النسخ) أي: نسخ القدوري قوله: ﴿فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:١٩٤]، سمى الفعل الثاني اعتداء بطريق المعاملة كقوله: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى:٤٠]، والمجازاة لا تكون سيئة، ولأن المثل أعدل لأن الواجب ضمان الجبر، والجبر إنما يتحقق بإيجاب المثل صورة

---

(١) أخرجه البخاري (١/ ٢٤ رقم ٦٧)، ومسلم (٣/ ١٣٠٥ رقم ١٦٧٩) من حديث أبي بكرة ﷺ.

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ١٠٧ رقم ٣١٩٨)، ومسلم (٣/ ١٢٣٠ رقم ١٦١٠) من حديث سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل ﷺ.

(٣) أخرجه أحمد (٥/ ٧٢ رقم ٢٠٧١٤)، والدارقطني (٣/ ٤٢٤ رقم ٢٨٨٦)، والبيهقي في "السنن الكبرى" (٦/ ١٠٠ رقم ١١٨٧٧) من حديث أبي حرة الرقاشي، عن عمه ﷺ.

وضعفه ابن حجر في "تلخيص الحبير" (٣/ ١١٣)، والبوصيري في "إتحاف الخيرة المهرة" (٢٩٠١).

فَعَلَيْهِ ضَمَانُ مِثْلِهِ، وَلَا تَفَاوُتَ بَيْنَهُمَا، وَهَذَا لِأَنَّ الوَاجِبَ هُوَ المِثْلُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وَلِأَنَّ المِثْلَ أَعْدَلُ، لِمَا فِيهِ مِن مُرَاعَاةِ الجِنْسِ وَالمَالِيَّةِ فَكَانَ أَدْفَعَ لِلضَّرَرِ. قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى مِثْلِهِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ يَخْتَصِمُونَ) وَهَذَا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَوْمَ الغَصْبِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَوْمَ الِانْقِطَاعِ)(*) لِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَمَّا انْقَطَعَ التَحَقَ بِمَا لَا مِثْلَ لَهُ، فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ انْعِقَادِ السَّبَبِ، إِذْ هُوَ المُوجِبُ. وَلِمُحَمَّدٍ: أَنَّ الوَاجِبَ المِثْلُ فِي الذِّمَّةِ.

ومعنى، وذلك بالحبس والمالية؛ لأن حق المستحق في [الصورة][١] والمعنى، وفيه اعتبارهما فكان أعدل من القيمة التي فيها مراعاة [المعنى وهو المالية][٢] فحسب.

قوله: (وهذا) أي: وجوب قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة، وبه قال أكثر أصحاب الشافعي، ومالك.

وقال [محمد: يوم][٣] الانقطاع، وبه قال أحمد، وبعض أصحاب الشافعي.

وحد الانقطاع ما ذكره أبو بكر البلخي هو أن لا يؤخذ في السوق الذي باع فيه، وإن كان يوجد في البيوت، وعلى هذا انقطاع الدراهم.

وفي الجواهر المالكية: ليس له إلا مثله، ويصير حتى يوجد، قاله ابن القاسم.

وقال أشهب: المالك بالخيار إن شاء صبر وإن شاء أخذ القيمة، وهو قول علمائنا، وقد مر قول أبي يوسف في التعليل باعتبار ترتيب الأوقات، فإن أول الأوقات الثلاثة يوم الغصب، ثم يوم الانقطاع، ثم يوم الخصومة.

قوله: (إذ هو) أي: الغصب **(الموجب)** للأصل، والخلف يجب بالسبب

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

(٣) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

وَإِنَّمَا يُنْتَقَلُ إِلَى القِيمَةِ بِالِانْقِطَاعِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الِانْقِطَاعِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ النَّقْلَ لَا يَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الِانْقِطَاعِ، وَلِهَذَا لَوْ صَبَرَ إِلَى أَنْ يُوجَدَ جِنْسُهُ لَهُ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ بِقَضَاءِ القَاضِي، فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الخُصُومَةِ وَالقَضَاءِ، بِخِلَافِ مَا لَا مِثْلَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مُطَالَبٌ بِالقِيمَةِ بِأَصْلِ السَّبَبِ كَمَا وُجِدَ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ عِنْدَ ذَلِكَ.

قَالَ: (وَمَا لَا مِثْلَ لَهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ غَصْبِهِ) مَعْنَاهُ: العَدَدِيَّاتُ المُتَفَاوِتَةُ، لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ مُرَاعَاةُ الحَقِّ فِي الجِنْسِ، فَيُرَاعَى فِي المَالِيَّةِ وَحْدَهَا دَفْعًا لِلضَّرَرِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ. أَمَّا العَدَدِيُّ المُتَقَارِبُ فَهُوَ كَالمَكِيلِ، ....

الذي يجب به الأصل فتصير قيمته يوم الغصب.

قوله: (**لا يثبت بمجرد الانقطاع**) إذ النقل باعتبار العجز عن الأصل، والعجز يتحقق عند القضاء؛ لأن احتمال أن يوجد قبل القضاء بعد الانقطاع باقٍ، ولأنه [لا يتحقق][1] العجز قبله.

قوله: (**معناه العدديات المتفاوتة**) كالبطيخ والرمان.

(**إنما العدد**) أي: المتقارب، كالجوز والبيض والفلوس (**فهو كالمكيل**) وبه قال مالك.

وفي الكافي: وقال مالك: في العدديات المتفاوتة يضمن مثله بصورة من جنس ذلك لما تلوناه.

ولكن ذكر في كتاب الجواهر للمالكية: وكذا العدد الذي يستوي آحاد جملته في الصفة غالبًا كالبيض، والجوز، ونحوه، وهذا يدل على أن قوله في العدديات المتقاربة كقولنا.

وقال زفر: في العدديات المتقاربة تجب القيمة أيضًا؛ لأن المماثلة فيه بالاجتهاد لا بالنص، ولهذا لا يجري فيه الربا فيصار إلى القيمة لتعذر المثل [٢/ ٣٦٧/ أ] قطعًا.

وقلنا: المماثلة في آحاده ثابتة بالعرف فكان كالثابت بالنص في المقصود

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

حَتَّى يَجِبُ مِثْلُهُ لِقِلَّةِ التَّفَاوُتِ. وَفِي البُرِّ المَخْلُوطِ بِالشَّعِيرِ القِيمَةُ؛ لِأَنَّهُ لَا مِثْلَ لَهُ.

قَالَ: (وَعَلَى الغَاصِبِ رَدُّ العَيْنِ المَغْصُوبَةِ) ....

وهو جبر النقصان للمغصوب ما أمكن، كذا في المبسوط.

وفي المبسوط: في العدديات المتفاوتة كالثياب والدواب تجب القيمة فيه، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وأكثر الفقهاء.

وقال أهل المدينة: الواجب هو المثل، وبه قال أصحاب الظاهر، لكن قالوا: إذا لم يوجد مثله فيصبر حتى يوجد أو يأخذ القيمة؛ لحديث أنس قال: كنت في حجرة عائشة رضي الله عنها قبل أن يضرب الحجاب، فأتي بقصعة من ثريد من عند بعض أزواجه ﷺ، فضربت عائشة القصعة بيدها فانكسرت، فجعل النبي ﷺ يأكل من الأرض ويقول: «**غارت أمكم**»[1]، ثم جابت عائشة قصعة مثل تلك القصعة فردّتها، واستحسن رسول الله ﷺ.

وقال علي رضي الله عنه في المغدور: يُفَكُّ الغلامُ بالغلامِ، والجاريةُ بالجاريةِ.

ولنا: حديث معروف أنه ﷺ قال في عبد بين شريكين: «**يُعتِقُهُ أحدُهُما فإنْ كانَ موسِرًا ضمِنَ قيمةَ نَصيبِ شريكِهِ، وإن كانَ مُعسِرًا اسْتَسْعَى العبدُ غيرَ مَشقوقٍ عليهِ**»[2]، وهذا تنصيص على اعتبار القيمة فيما لا مثل له.

وتأويل حديث أنس أن الرد كان بطريق المروءة ومكارم الأخلاق، لا على طريق أداء الواجب، وكانت القصعتان لرسول الله ﷺ قال عليه الصلاة والسلام لعائشة: تلك التي كسرت، لا يقضون بالمكسور للكاسر وإن كان ملكها كان برضاها فلا يكون حجة لأنه محتمل.

ومعنى قول علي: يُفَكُّ الغلامُ بالغلامِ أي: بقيمة الغلام وقد صح عن عمر، وعلي أنهما قضيا في ولد المغدور بالقيمة.

وما قال ابن حزم في هذه المسألة كلام لا طائل تحته، وتشنع بالتعصب بلا وقوف على المعنى بأنه ﷺ استسلف بعيرًا ورد مثله.

---

(١) أخرجه البخاري (٧/ ٣٦ رقم ٥٢٢٥).

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ١٤٥ رقم ٢٥٢٧)، ومسلم (٢/ ١١٤٠ رقم ١٥٠٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

مَعْنَاهُ: مَا دَامَ قَائِمًا، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّ» وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مَتَاعَ أَخِيهِ لَاعِبًا وَلَا جَادًّا،

وقضى عثمان، وابن مسعود فيمن استهلك فصلانًا بفصلان مثلها؛ لأن هذا حكاية حال لا يحتج به؛ لأنه يمكن أن يكون بالتراضي.

ثم عندنا تلزم قيمته يوم الغصب، وبه قال مالك.

وقال الشافعي: أكثر ما كانت حين الغصب إلى حين التلف؛ لأنه في حال زيادة القيمة غاصب مطالب بالرد، فإذا لم يرد ضمن بدله.

قال أحمد: يضمن قيمته يوم التلف؛ لأن الرد واجب عليه، ويصار إلى القيمة يوم التلف فتعتبر قيمته يوم التلف.

وعندنا: الغصب لا يتحقق في الزوائد، فتعتبر قيمته يوم الغصب، وفي الإتلاف يضمن قيمته يوم الإتلاف بلا خلاف.

قوله: (**معناه ما دام**) أي: المغصوب (**قائمًا**) ولا خلاف للعلماء فيه.

قوله: («**لاعبًا ولا جادًّا**»)، وفي رواية المصابيح، والفائق: (**لاعبًا جادًّا**) بدون (**ولا**) وزاد في المصابيح: «**فَمَنْ أخذَهُ فَلْيَرُدَّهُ عليهِ**»[(١)]، ولفظ الحديث جاء في القضاء.

ومعنى قوله: (**لاعبًا**) أي: لا يريد سرقته، ويريد إدخال الغيظ على أخيه فهو لاعب في مذهب السرقة، جادٌّ في إدخال الغيظ على أخيه، وقال ﷺ: «**مَنْ وَجدَ عينَ مالِهِ في يَدِ رَجُلٍ فَهْوَ أحقُّ بِهِ**»[(٢)] ومن ضرورة كونه أحق بالعين وجوب الرد على الآخذ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٣٠١ رقم ٥٠٠٣)، والترمذي (٤/ ٣٢ رقم ٢١٦٠)، والحاكم (٣/ ٦٣٧ رقم ٦٦٨٦)، وأحمد (٤/ ٢٢١ رقم ١٧٩٦٩) من حديث يزيد بن السائب بن يزيد رضي الله عنه.
قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وقال ابن الملقن: وقال البيهقي في (الخلافيات): إسناد هذا الحديث حسن. البدر المنير (٦/ ٦٩٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٩ رقم ٣٥٣١)، وابن ماجه (٢/ ٧٨١ رقم ٢٣٣١)، والدارقطني (٣/ ٤٢٩ رقم ٢٨٩٧)، وأحمد (٥/ ١٣ رقم ٢٠١٥٨) من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه.
وضعفه البوصيري في مصباح الزجاجة (٨٢٢).

فَإِنْ أَخَذَهُ فَلْيَرُدَّهُ عَلَيْهِ» وَلِأَنَّ اليَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ، وَقَدْ فَوَّتَهَا عَلَيْهِ، فَيَجِبُ إِعَادَتُهَا بِالرَّدِّ إِلَيْهِ، وَهُوَ المُوجِبُ الأَصْلِيُّ عَلَى مَا قَالُوا، وَرَدُّ القِيمَةِ مُخَلِّصٌ خَلَفًا؛ لِأَنَّهُ قَاصِرٌ، إِذْ الكَمَالُ فِي رَدِّ العَيْنِ وَالمَالِيَّةِ.

وَقِيلَ: المُوجِبُ الأَصْلِيُّ القِيمَةُ وَرَدُّ العَيْنِ مُخَلِّصٌ، وَيَظْهَرُ ذَلِكَ فِي بَعْضِ

قوله: (ولأن اليد حق مقصود) بدليل جواز الكتابة وإذن العبد في التجارة، إذ ليس في مباشرة عقد الكتابة سوى التصرف باليد، وعقود الشرعية مع الفائدة، فلو لم يفد عقد الكتابة ملك اليد بالتصرف لخلا عن الحكم، ألا ترى أن أسباب العبادات لما لم يوجب حكمها الذي هو الابتلاء بالأداء في حق الصبي والمجنون لم تنعقد أسبابًا في حقهما.

وكذا في المأذون بل باليد يحصل الانتفاع أي: ثمرات الملك، فكان اليد حقًّا مقصودًا فيجب [نسخ][(١)] فعله دفعًا للضرر.

وفي المبسوط: والضمان في المدبر ليس إلا لتفويت اليد، فعلم أن اليد حق مقصود.

قوله: (وهو) أي: رد العين

(على ما قالوا) أي: المشايخ.

(لأنه) أي: رد القيمة قاصر، والكمال في رد الصورة و[المعنى، و][(٢)] قيل: الموجب الأصلي وجوب القيمة ورد العين يتخلص عنه، ولهذا لو أبرأ عن الضمان حال قيام العين يصح، حتى لو هلكت بعده لا يجب الضمان، ولولا أن الوجوب الأصلي القيمة لما صلح الإبراء، ولو كفل بالمغصوب يصلح، ولو لم يكن الضمان واجبًا لكان كفالة بالعين، والكفالة بالدين تصلح لا بالعين، ولهذا لا تجب الزكاة على الغاصب في نصاب في يد الغاصب، [٢/ ٣٦٧/ ب] إذا انتقص ذلك النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب حال قيام المغصوب، كذا ذكره في النهاية.

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) في الأصل: (الصورة وأن ال) ثم بياض مقدار كلمة، والمثبت من النسخة الثانية.

الأَحْكَامِ، (وَالوَاجِبُ الرَّدُّ فِي المَكَانِ الَّذِي غَصَبَهُ) لِتَفَاوُتِ القِيَمِ بِتَفَاوُتِ الأَمَاكِنِ (فَإِنْ ادَّعَى هَلَاكَهَا: حَبَسَهُ الحَاكِمُ حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بَاقِيَةً لَأَظْهَرَهَا، ثُمَّ قَضَى عَلَيْهِ بِبَدَلِهَا)؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ رَدُّ العَيْنِ، وَالهَلَاكُ بِعَارِضٍ، فَهُوَ يَدَّعِي أَمْرًا عَارِضًا خِلَافَ الظَّاهِرِ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ، كَمَا إِذَا ادَّعَى الإِفْلَاسَ وَعَلَيْهِ ثَمَنُ مَتَاعٍ فَيُحْبَسُ إِلَى أَنْ يُعْلَمَ مَا يَدَّعِيهِ، فَإِذَا عَلِمَ الهَلَاكَ سَقَطَ عَنْهُ رَدُّهُ فَيَلْزَمُهُ رَدُّ بَدَلِهِ وَهُوَ القِيمَةُ.

قَالَ: (وَالغَصْبُ فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ)؛ لِأَنَّ الغَصْبَ بِحَقِيقَتِهِ يَتَحَقَّقُ فِيهِ دُونَ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ إِزَالَةَ اليَدِ بِالنَّقْلِ.

قوله: (فإن ادعى هلاكًا) أي: هلاك العين المغصوبة.

في المبسوط: غصب جارية فغيَّبها، فأقام المغصوب منه بينة أنه قد غصبها، فإنه يحبس حتى يجيء بها فيردها.

وقال أبو بكر الأعمش: تأويل المسألة أن الشهود على إقرار الغاصب بذلك لأن إقراره الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة، أما الشهادة على فعل الغصب لا يقبل مع جهالة المغصوب، إذ لا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول، فلا بد من الإشارة في الدعوى والشهادة.

والأصح أن هذه الدعوى والشهادة بالحاجة لأجل الضرورة، فيثبت غصبه بالبينة كثبوته بإقراره، فيحسن ولو قال الغاصب: فات، أو بعتها ولا أقدر عليها، تلوم القاضي يومين أو ثلاثة، ومقدار التلوم مفوض إلى رأي القاضي، ولو رضي المالك بالقضاء لا يتلوم.

وذكر في الذخيرة: ذكر محمد في السير: أنه يقضي عليه من غير تلوم.

قيل: في المسألة روايتان، وقيل: لا، لكن ما ذكر في السِّيَرِ جواب الجواز، معناه لو قضى بغير تلوم يجوز، وما ذكر في الأصل أن التلوم أفضل.

وقال الشافعي: القول للغاصب مع يمينه، وفي لزوم البدل وجهان: أحدهما: لا يلزمه حتى يصدقه المالك، والثاني: يلزمه، وهو الأصح، وهذا بعد الحبس، وبه قال مالك، وأحمد.

قوله: (والغصب فيما ينقل) فقوله (والغصب) مبتدأ و(فيما ينقل) خبره أي: الغصب يتحقق فيما ينقل، ويحول بدليل قوله: (لأن الغصب) إلى آخره.

(وَإِذَا غَصَبَ عَقَارًا فَهَلَكَ فِي يَدِهِ: لَمْ يَضْمَنْهُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَضْمَنُهُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الأَوَّلُ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ، لِتَحَقُّقِ إِثْبَاتِ الْيَدِ، ....

قوله: (وبه قال الشافعي) وزفر، ومالك، وأحمد، أما ما تلف من الأرض والعقار بفعله، أو بسبب فعله يضمن بلا خلاف بين العلماء، والخلاف في الغصب لا في الإتلاف، وصورة الخلاف بأن غلب السيل على الأرض فبقيت تحت الماء، أو غصب دارا فانهدمت بآفة سماوية، أو جاء سيل فذهب بالبناء لم يضمن عند أبي حنيفة، وأبي يوسف خلافا لهم، أما لو هدم الحيطان، أو غرقها، أو كشط ترابها وألقى الحجارة فيها، أو نقص يحصل بغرسه أو بنائه فيضمنه بلا خلاف.

وفي المغرب: العقار: الضيعة. وقيل: كل مال له أصل كالدار والأرض.

لهم قوله عليه الصلاة والسلام: «**مَنْ غَصَبَ شِبرًا مِنَ الأَرْضِ طَوَّقَهُ اللهُ تَعالَى يومَ القيامةِ من سَبْعِ أَرَضِين**»[1] فقد أطلق لفظ الغصب على الأرض.

وكذا إطلاق قوله ﷺ: «**علَى اليَدِ ما أخَذَتْ حتَّى تَرُدَّ**»[2] إذ لا تفسد فيه بالمفعول، ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين ملكه مثل أن يسكن الدار، ويمنع مالكها من دخولها، فصار كما لو أخذ الدابة أو المتاع، وهذا لأن المعتبر يد متصرفة، وقد تحققت منه إذا سكنها بأهله وأمتعته، أو زرعها لنفسه، وإذا تحققت يده انقطع يد المالك عنها ضرورة؛ لأن اجتماع اليدين على الكمال لا يتصور في محل واحد في حالة واحدة، وإذا ثبتت يده

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ١٠٧ رقم ٣١٩٨)، ومسلم (٣/ ١٢٣٠ رقم ١٦١٠) من حديث سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦١)، والترمذي (٢/ ٥٥٧ رقم ١٢٦٦)، والنسائي في "الكبرى" (٥/ ٣٣٣ رقم ٥٧٥١)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٢ رقم ٢٤٠٠)، والحاكم (٢/ ٤٧ رقم ٢٣٠٢) من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه.

قال الترمذي: هذا حديث حسن، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري، ولم يخرجاه.

وَمِن ضَرُورَتِهِ زَوَالُ يَدِ المَالِكِ لِاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِ اليَدَيْنِ عَلَى مَحَلٍّ وَاحِدٍ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ، فَيَتَحَقَّقُ الوَصْفَانِ وَهُوَ الغَصْبُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَصَارَ كَالمَنْقُولِ وَجُحُودِ الوَدِيعَةِ. وَلَهُمَا: أَنَّ الغَصْبَ إِثْبَاتُ اليَدِ بِإِزَالَةِ يَدِ المَالِكِ بِفِعْلٍ فِي العَيْنِ، وَهَذَا لَا

عليه وامتنعت يد المالك تحقق إثبات اليد المبطلة وإزالة اليد المحقة.

ولهذا يضمن العقار بالجحود، ولأن إزالة اليد ليست بشرط في الغصب كما لو ركب الدابة وهلكت من غير فعل، فإنه يضمنها بالإجماع، وكما لو وهب دارًا لرجل بما فيها من الأمتعة، فهلكت الأمتعة قبل أن ينقلها الموهوب له ثم استحقت الدار، فللمستحق أن يضمن الموهوب له بلا خلاف.

والمسألة في الزيادات: ولم تزل الأمتعة من يد المالك، فعلم أن إزالة يد المالك ليست بشرط، ولا الشهود بدار لإنسان لو رجعوا بعد القضاء يضمنها قيمتها للمشهود عليه، فلما ضمنوا بالشهادة الكاذبة فبالغصب أولى.

قوله: (ومن ضرورته[1] أي: إثبات اليد (زوال يد المالك) إلى آخره، لتعليل قول محمد، لا لتعليل قول الشافعي عند تحقق الغصب بإثبات اليد بدون إزالة يد المالك.

قوله: (فيتحقق الوصفان) وهو إزالة يد المالك، وإثبات يد الغاصب.

وفي الإيضاح: محمد يعتبر إزالة اليد من الوجه الذي ثبت والمحل كان في يد المالك انتفاعًا وارتفاقًا، وقد زالت تلك اليد بحدوث يد أخرى مثلها؛ لأنه لا يتصور اجتماع اليدين من جنس واحد في محل واحد.

ولنا: أن الغصب لا يتصور في العقار، فلا يجب [٢/٣٦٨/أ] ضمان الغصب، وهذا لأن الغصب إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة؛ لأن الواجب ضمان جبر معتمد التفويت، وإزالة المحل عن يد المالك إنما تكون بالنقل والتحويل كما في المنقول، وذلك لا يتصور في العقار، وإنما يتصور منع المالك عنه، ومنع المالك يصرف في المالك لا في المحل، فلا يجب ضمان المحل كما لو بعد المالك عن المواشي حتى تلفت مواشيه.

---

(١) في الأصل (ضربه)، والمثبت من النسخة الثانية.

يُتَصَوَّرُ فِي العَقَارِ؛ لِأَنَّ يَدَ المَالِكِ لَا تَزُولُ إِلَّا بِإِخْرَاجِهِ عَنْهَا، وَهُوَ فِعْلٌ فِيهِ لَا فِي العَقَارِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا بَعُدَ المَالِكُ عَنْ المَوَاشِي. وَفِي المَنْقُولِ: النَّقْلُ فِعْلٌ فِيهِ وَهُوَ الغَصْبُ. وَمَسْأَلَةُ الجُحُودِ مَمْنُوعَةٌ، وَلَوْ سُلِّمَ فَالضَّمَانُ ....

قوله: (**لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه**) ولهذا لو دخل دار غيره بغير إذنه فسقط منها حائط لم يضمن بالاتفاق.

وفي المبسوط: إزالة اليد علة موجبة للضمان بدون إثبات اليد، حتى لو ضرب على يد آخر وفي يده درة فوقعت في البحر، أو في يده طير فطار الطير بضربه يجب الضمان، وقد عدم إثبات اليد ولو تجرد للإثبات عن الإزالة لم يصلح سببًا للضمان، كما لو وضع يده على مال الغير فعلم أن إثبات اليد إذا تضمن إزالة يد المالك يصير سببًا للضمان، فكان المعتبر في الضمان إزالة اليد؛ لأن الضمان دار معه وجودًا وعدمًا.

ومسألة الجحود الوديعة في العقار ممنوعة لا يوجب الضمان في الأصح عندهما ذكره في المبسوط.

(**ولئن سلم فالضمان**) إلى آخره، وفي المبسوط: إنما يضمن بالمنع بعد الطلب لا بالجحود، وبالجحود يحصل المنع بعد الطلب، وعلى هذا إذا باع دارًا لرجل، وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عندهما، وعند محمد يضمن قيمتها.

قال فخر الإسلام في الجامع الصغير: ومعنى المسألة إذا باعها ثم اعترف بالغصب وكذبه المشتري.

وقال شمس الأئمة في المبسوط: فإن كان غاصب الدار باعها وسلمها، ثم أقر بذلك ولا بينة لرب الدار، فإقراره باطل في حق المشتري؛ لأن المشتري صار مالكًا بالشراء من حيث الظاهر فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في إبطاله، ثم لا ضمان على الغاصب للمالك في قولهما؛ لأنه مقر على نفسه بالغصب، فإن البيع والتسليم غصب، والغصب الموجب للضمان عندهما لا يتحقق في العقار[1].

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ٧٦).

هُنَاكَ بِتَرْكِ الحِفْظِ المُلْتَزَمِ وَبِالجُحُودِ تَارِكٌ لِذَلِكَ. قَالَ: ....

وذكر محمد في الرجوع عن الشهادات: إذا شهدوا بدار لإنسان، ثم رجعوا بعد القضاء ضمنوا قيمتها للمشهود عليه.

فقيل: ذلك قول محمد، لا تسليطهم الغير على الدار بالشهادة كتسليط الغاصب الغير على الدار بالبيع والتسليم إليه.

وقيل: بل قولهم جميعًا، والفرق بين الفصلين لما أن الضمان الواجب بالشهادة ضمان إتلاف الملك على المشهود عليه، وذلك حصل بشهادتهم، حتى لو أقام بينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته، وهاهنا إتلاف الملك لم يحصل بالبيع والتسليم، بل بعجز المالك عن إثبات ملكه بالبينة.

ألا ترى أنه لو أقام بينة على أنها ملكه قضى له بها؟ فلهذا لا يكون الغاصب ضامنًا، ويدخل عليه جحود الوديعة، فإن العقار يضمن بالجحود، وليس فيه إتلاف الملك حتى لو أقام المالك بينة قضي له بها.

والأصح أن نفوذ جحود الوديعة بمنزلة الغصب، فلا يوجب الضمان في العقار عندهما.

وأما الجواب عما تمسكوا أنه عليه الصلاة والسلام قال «**طَوَّقَهُ اللَّهُ**» الحديث[1]، ولم يذكر الضمان، علم أن جزاء ذلك الفعل الوعيد لا الضمان، إذ المذكور جميع جزائه، فلو كان الواجب عليه الضمان لَبَيَّنَهُ، إذ الحاجة إليه أَمَسُّ، فمن زاد عليه كان نسخًا، وذا لا يجوز بالقياس، وإطلاق لفظة الغصب عليه لا يدل على تحقق الغصب الموجب للضمان، كما أنه ﷺ أطلق لفظ البيع على الحر بقوله: «**مَنْ باعَ حُرًّا**»[2].

ولا [يدل][3] ذلك على البيع الموجب لحكم، مع أنه في الصحيحين جاء بلفظ أخذ فقال: «**مَنْ أخذَ شِبرًا مِنَ الأرْضِ ظُلْمًا فإنهُ يُطَوِّقُهُ اللهُ يومَ القيامةِ مِنْ**

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ١٠٧ رقم ٣١٩٨)، ومسلم (٣/ ١٢٣٠ رقم ١٦١٠) من حديث سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل رضي الله عنه.

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ٨٢ رقم ٢٢٢٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَمَا نَقَصه مِنهُ بِفِعْلِهِ، أَوْ سُكْنَاهُ، ضَمِنَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ، وَالعَقَارُ يُضْمَنُ بِهِ كَمَا إِذَا نَقَلَ تُرَابَهُ؛ لِأَنَّهُ فِعْلٌ فِي العَيْنِ، وَيَدْخُلُ فِيمَا قَالَهُ إِذَا انْهَدَمَتْ الدَّارُ بِسُكْنَاهُ وَعَمَلِهِ، فَلَوْ غَصَبَ دَارًا وَبَاعَهَا وَسَلَّمَهَا وَأَقَرَّ بِذَلِكَ، وَالمُشْتَرِي يُنْكِرُ غَصْبَ البَائِعِ، وَلَا بَيِّنَةَ لِصَاحِبِ الدَّارِ، فَهُوَ عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي الغَصْبِ ....

سَبْعِ أَرَضِينَ» فعلم أن المراد من الغصب الأخذ ظلمًا، لا غصبًا موجبًا للضمان.

وأما قوله: (عَلَى اليَدِ ما أَخَذَتْ حَتّى تَرُدَّ) مجاز لأن الأخذ حقيقة لا يتصور في العقار؛ لأن حدَّ الأخذ أن يصير المأخوذ تبعًا ليده؛ لأنه مفعول فيه، فكان هو منصرفًا إلى المنقول ضرورة ليعمل بالأخذ على حقيقته.

وأما الزيادات فقيل: ذلك الجواب غير مستقيم على أصل محمد؛ لأنه وافقنا على أنه يضمنه بدون النقل، بل الجواب فيه أن الواهب نقل يده إلى الموهوب له، ويد الواهب في الأمتعة كانت مفوتة يد المالك، فانتقلت بصفتها، والضمانُ في مسألةِ الراكبِ الضمانُ باعتبار الإتلاف لا الغصب، [٢/ ٣٦٨/ ب] ولهذا لو ركب حُمُرًا[١] فتلف تحته ضمن، وأما مسألة الشهادة فقد مرت فيما نقلنا من المبسوط، إليه أشار في المبسوط، والأسرار.

قوله: **(يضمن به)** أي: بالإتلاف فجاز ألا يضمن بالغصب ويضمن بالإتلاف كالحر.

قوله: **(ويدخل فيما قاله)** أي: التداوي بقوله: (وما نقصه منه بفعله وسكناه).

(انهدام الدار بسكناه) بأن كان عمل الحدادة والقصارة، حتى لو انهدم بغير سكناه وفعله، بآفة سماوية لا يضمنه عندهما.

قوله: (فهو على الاختلاف في الغصب) أي: لا يضمنه البائع بالبيع والتسليم عندهما، خلافًا له في الصحيح كما ذكرنا في مسألة الجحود.

وقيد بقوله: **(ولا بينة لصاحب الدار)** إذ لو كان له بينة لا يضمن البائع بالاتفاق؛ لتمكنه من أخذ الدار بالبينة من المشتري.

---

(١)هكذا في نسخة المخطوط والصواب (حمارًا).

هُوَ الصَّحِيحُ. قَالَ: (وَإِذَا انْتَقَصَ الأرضَ بِالزِّرَاعَةِ، يَغْرَمُ النُّقْصَانَ)؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ الْبَعْضَ، فَيَأْخُذُ رَأْسَ مَالِهِ وَيَتَصَدَّقُ بِالفَضْلِ. قَالَ: (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَتَصَدَّقُ بِالفَضْلِ)(*) وَسَنَذْكُرُ الوَجْهَ مِن الجَانِبَيْنِ.

قَالَ: (وَإِذَا هَلَكَ النَّقْلِيُّ فِي يَدِ الغَاصِبِ بِفِعْلِهِ، أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ ضَمِنَهُ) ....

قوله: (وإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان) ولا يعلم فيه خلاف؛ لأنه البعض، والعقار يضمن بالإتلاف بلا خلاف.

وفي التتمة: اختلفوا في تأويل نقصان الأرض.

قال نصير بن يحيى: ينظر، بكم تستأجر قبل استعمالها؟ وبكم تستأجر بعده؟ فتفاوت ما بينهما نقصانها.

وقال محمد بن سلمة: ينظر، بكم تُشترَى قبل استعمالها؟ وبكم تُشترَى بعده؟ فتفاوت ما بينهما نقصانها.

قيل: رجع محمد بن سلمة إلى قول نصير.

قال السُّغدي: إن كان عرف أهل تلك القرية أنهم يزرعون أرض الغير بغير إذنه على وجه المزارعة من غير إذن وعقد، لِرَبِّ الأرض أن يطالبه بحصة الأرض.

وذكر أبو الليث في هذه الصورة: الزرع للزراع وعليه نقصان الأرض.

قوله: (يأخذ رأس ماله)، وهو البذر وما أنفق وما غرم أي: قدر ما غرم من نقصان الأرض، **(ويتصدق بالفضل)**.

صورته مثلًا أخرجت أربعة أكرار ونقصها الزراعة وبذره كُرٌّ ولحقته مؤنة كُرٍّ وقدر قيمة النقصان كرّ يفضل الخارج عن رأس ماله كُرٌّ فيتصدق به لأنه ربح ما لم يملك وعند أبي يوسف لم يتصدق لأن المنهي عنه ربح ما لم يضمن وهو قد ضمن.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

وَفِي أَكْثَرِ نُسَخِ المُخْتَصَرِ: وَإِذَا هَلَكَ الغَصْبُ، وَالمَنْقُولُ هُوَ المُرَادُ، لِمَا سَبَقَ: أَنَّ الغَصْبَ فِيمَا يُنْقَلُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ العَيْنَ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ بِالغَصْبِ السَّابِقِ إِذْ هُوَ السَّبَبُ. وَعِنْدَ العَجْزِ عَنْ رَدِّهِ: يَجِبُ القِيمَةُ، أَوْ يَتَقَرَّرُ بِذَلِكَ السَّبَبُ، وَلِهَذَا تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الغَصْبِ. (وَإِنْ نَقَصَ فِي يَدِهِ، ضَمِنَ النُّقْصَانَ)؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ جَمِيعُ أَجْزَائِهِ فِي ضَمَانِهِ بِالغَصْبِ، فَمَا تَعَذَّرَ رَدُّ عَيْنِهِ يَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ، بِخِلَافِ تَرَاجُعِ السِّعْرِ إِذَا رَدَّ فِي مَكَان الغَصْبِ؛ ....

قوله: (وفي أكثر نسخ المختصر) أي: نسخ القدوري، وقوله: (عند العجز عن رده) يجب على هذا قول من قال: إن الموجب الأصلي في الغصب رد العين.

وقوله: (أو تتقرر القيمة بذلك) أي بالعجز على قول من يقول: الموجب الأصلي هو القيمة، وإنما ردد بينهما لاختلاف المشايخ في أن الرد هو الأصل أو القيمة، ولهذا يعتبر قيمته يوم الغصب فعلم أن الموجب الأصلي هو القيمة، وقد بينا اختلاف الأئمة الثلاثة في اعتبار القيمة.

قوله: (ضمن النقصان) سواء كان النقصان في يديه بأن كانت جارية فاعْوَرَّت، أو شابة صارت عند الغاصب عجوزة، أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها، أو لم تكن في يديه بأن كان عبدًا محترفًا فنسي ذلك عند الغاصب، أو قارئًا فنسي القرآن، ففي هذا كله يضمن النقصان، ولا يعلم فيه خلاف.

هذا إذا كان النقصان يسيرًا، أما إذا كان كثيرًا يتخير المالك بين الأخذ وتضمين النقصان، والترك تضمين جميع قيمته، كذا في المبسوط.

وعند الأئمة الثلاثة: للمالك أخذ العين مع قيمة النقصان، سواء كان فاحشًا أو يسيرًا.

قوله: (بخلاف تراجع السعر) أي: لا يضمن الغاصب ما نقص من قيمته بتراجع السعر، ولا خلاف فيه للفقهاء، وأكثر العلماء؛ لأن الذات لم يتغير عما كان عليه، وتغير السعر يرجع إلى رغبات الناس دون فوت الجزء.

وقيد بقوله: (إذا رد في مكان الغصب) لا تراجع السعر إذا كان بسبب

لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ فُتُورِ الرَّغَبَاتِ دُونَ فَوْتِ الجُزْءِ، وَبِخِلَافِ المَبِيعِ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ عَقْدٍ. أَمَّا الغَصْبُ فَقَبْضٌ، وَالأَوْصَافُ تُضْمَنُ بِالفِعْلِ لَا بِالعَقْدِ عَلَى مَا عُرِفَ. قَالَ ﷺ: وَمُرَادُهُ غَيْرُ الرِّبَوِيِّ، أَمَّا فِي الرِّبَوِيَّات لَا يُمْكِنُهُ تَضْمِينُ النُّقْصَانِ مَعَ اسْتِرْدَادِ

اختلاف المكان، فالمالك بالخيار إن شاء أخذ القيمة في مكان الغصب، وإن شاء انتظر؛ لأنه إذا أخذ العين فقد وصل إليه عين ملكه مع ضرر يلحقه من نقل الغاصب، إذ القيمة تختلف باختلاف الأماكن، وهذا الفوات يحصل من قبيل الغاصب، وهو نقله إلى هذا المكان، فكان له أن لا يلتزم الضرر، ويطالبه بقيمة مكان الغصب أو ينتظر، كذا في الإيضاح.

وقوله: **(وبخلاف المبيع)** معطوف على (بخلاف تراجع السعر)، يعني المبيعة إذا اعْوَرَّتْ في يد البائع لا يجب شيء في مقابلته حتى لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته، بل يتخير المشتري بين أن يأخذها بكل الثمن، وبين أن يتركها؛ لأنه ضمان وصفح؛ لما ذكرنا أن العقد يرد على الأعيان لا على الأوصاف.

أما ضمان الغصب فمتعلق بالفعل وهو القبض بغير حق، والفعل هل الذات بجميع أجزائها وأوصافها، فكانت مضمونة، وهو معنى قوله: **(على ما عرف)**.

(ومراده) أي: مراد [٢/ ٣٦٩/ أ] القدوري من قوله: **(ضمن النقصان)** في غير مال الربوي، أما في الربوي يجوز أن يغصب حنطة فعفنت عنده، أو إناء فضة فتهشم في يده، أو انكسر الدراهم أو الدنانير فصاحبه بالخيار، إن شاء أخذه ولا شيء له غيره، وإن شاء تركه وضمنه مثله تَفادِيًا عن الربا، كذا في الإيضاح.

وفي المبسوط: استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغًا عنده، وقال الشافعي: يضمن قيمته - لأصحابه فيه وجهان: أصحهما: أنه يضمنه بحبسه، فتكون الزيادة بمقابلة الصنعة، وبه قال القاضي الحنبلي؛ لأن الربا يجري في العقود لا في الغرامات.

وفي وجه: يضمن نقصه بغير جنسه، وبه قال أحمد؛ لأنه يستند إلى السبب الموجود في يد الغاصب -.

ولنا: أن للجودة والصنعة في الأموال الربوية لا قيمة، فلو أوجبنا مثل

الأَصْلِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَاسْتَغَلَّهُ، فَنَقَصَتْهُ الغَلَّةُ، فَعَلَيْهِ النُّقْصَانُ)؛ لِمَا بَيَّنَّا

قيمتها من جنسها يلزم الربا، فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا[١]، قلنا: يضمن القيمة من الذهب مصوغًا، ولو وجده صاحبه مكسورًا لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح خلالهما لما ذكرنا.

قوله: (لأنه يؤدي إلى الربا) أي: تضمين النقصان مع استرداد الأصل يؤدي إلى الربا؛ لأنه اعتياض عن الصنعة بانفرادها، ولا قيمة لها في الأموال الربوية، فكان له الخيار بين الأخذ مع النقصان وبين تركه وتضمين قيمته.

فإن قيل: الجودة ساقطة الاعتبار عند المقابلة بالجنس؛ ليتحقق إيجاب المماثلة، أما عند المقابلة بخلاف الجنس معتبرة حتى جاز بيع الحنطة الجيدة بالشعير كيفما كان، وكان للمالك تضمين الجودة بخلاف الجنس في الغصب دفعًا للضرر عنه، وليس في استرداد العين المتعينة مقابلة الجنس بالجنس، فلا يلزم الربا.

قلنا: مقابلة الجنس بالجنس موجودة فيما يجب فيه؛ لأنه إذا تغير صار شيئًا آخر؛ كالعصير إذا تخمَّر فصار شيئًا آخر، وصار كأن المغصوب هلك، ولو هلك حقيقة وأخذ المالك مثل المتعينة ودرهما للنقصان كان ربًا؛ فهذا منه، كذا أفاده شيخي العلامة رحمه الله.

قوله: (فاستغله) أي: أجره وأخذ الأجرة **(فنقصته الغلة)** أي: العمل في الإجارة جعله مهزولًا، وهذه المسألة بهذا الوضع من مسائل الجامع الصغير.

وفي المبسوط: لم يذكر نقص الغلة.

قوله: (لما بينا) وهو أنه في ضمانه بجميع أجزائه، والغلة للغاصب.

وقال أحمد، والشافعي: الغلة للمالك؛ لأن الأجر عوض للمنافع المملوكة لرب العبد، فلم يملكها الغاصب كعوض الأجزاء.

وقلنا: وجوب الأجر بالعقد؛ لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد، والعاقد هو

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ٨٨).

(وَيَتَصَدَّقُ بِالغَلَّةِ) قَالَ ﷺ: وَهَذَا عِنْدَهُمَا أَيْضًا.

وَعِنْدَهُ: لَا يَتَصَدَّقُ بِالغَلَّةِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ: إِذَا أَجَّرَ المُسْتَعِيرُ المُسْتَعَارَ. لِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ حَصَلَ فِي ضَمَانِهِ وَمِلْكِهِ. أَمَّا الضَّمَانُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا المِلْكُ؛ لِأَنَّ المَضْمُونَاتِ تُمْلَكُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ مُسْتَنِدًا عِنْدَنَا. وَلَهُمَا: أَنَّهُ حَصَلَ بِسَبَبٍ خَبِيثٍ، وَهُوَ التَّصَرُّفُ فِي مِلْكِ الغَيْرِ، وَمَا هَذَا حَالُهُ فَسَبِيلُهُ التَّصَدُّقُ، إِذْ الفَرْعُ يَحْصُلُ عَلَى وَصْفِ الأَصْلِ وَالمِلْكُ المُسْتَنِدُ نَاقِصٌ فَلَا يَنْعَدِمُ بِهِ الخَبَثُ.

(فَلَوْ هَلَكَ العَبْدُ فِي يَدِ الغَاصِبِ حَتَّى ضَمِنَهُ، لَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ بِالغَلَّةِ فِي أَدَاءِ الضَّمَانِ)؛ لِأَنَّ الخَبَثَ لِأَجَلِ المَالِكِ، وَلِهَذَا لَوْ أُدِّيَ إِلَيْهِ يُبَاحُ لَهُ التَّنَاوُلُ، فَيَزُولُ الخَبَثُ بِالأَدَاءِ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ فَهَلَكَ فِي يَدِ المُشْتَرِي، ثُمَّ اسْتُحِقَّ وَغَرِمَهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ بِالغَلَّةِ فِي أَدَاءِ الثَّمَنِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الخَبَثَ مَا كَانَ لِحَقِّ المُشْتَرِي ....

الغاصب، فهو الذي جعل منافعه بالعقد [مالًا، فكان هو أولى][(١)]، لكن يتصدق بالغلة؛ لأنها حصلت بكسب خبيث.

(وهذا) أي: التصدق بالغلة عند أبي حنيفة، ومحمد، خلافًا لأبي يوسف هو يقول: هذا ربح حصل في ضمانه وملكه؛ فيطيب به ككسب المبيع بعد القبض.

وقلنا: إنه مستفاد بسبب خبيث، وهو التصرف في مال الغير، والحكم يثبت مضافًا إلى سببه، فلا بد من ثبوت الخبث فيما يحكم ذلك السبب، وسبيل مثلها التصدق.

نعم الملك يثبت فيها بالاستناد لكن الاستناد ثابت من وجه دون وجه، ولهذا يظهر في القائم لا في الفائت، فلا يزول به الخبث، وهذا معنى قوله في الكتاب: والملك المستند ناقص، وهذا جواب عن قول أبي يوسف: يملك مستندًا عندنا، وأصل هذا حديث الشاة المَصْلِيّةِ، وهو معروف.

قوله: (بخلاف ما إذا باعه) أي: الغاصب العبد المغصوب بعد الاستغلال.

قوله: (لأن الخبث ما كان لحق المشتري) يزول بالوصول إلى يده.

---

(١) في الأصل: (وإلا فكان هو إلى بها)، والمثبت من النسخة الثانية.

إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يَجِدُ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ، وَلَهُ أَنْ يَصْرِفَهُ إِلَى حَاجَةِ نَفْسِهِ، فَلَوْ أَصَابَ مَالًا تَصَدَّقَ بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ غَنِيًّا وَقْتَ الِاسْتِعْمَالِ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِمَا ذَكَرْنَا.

قوله: (إلا إذا كان) أي: الغاصب **(لا يجد غيره)** أي: غير الأجر مالًا، فلا بأس أن يؤدي من الغلة؛ لأنه محتاج إليه في تفريغ ذمته وتخليص نفسه، فله أن يصرفه إلى حاجة نفسه مقدمة على حق الفقراء.

وقوله: (لما ذكرنا) إشارة إلى أنه ملكه ملكًا خبيثًا، وسبيله التصدق، وقد تصدق.

في الذخيرة: هذا إذا أجر الغاصب، أما إذا آجر العبد نفسه، وسلم من العمل صحت الإجارة، فإن أخذ العبد الأجرة [يأخذ][(١)] المالك مع العبد بلا خلاف لأحد، ولو أخذ الغاصب الأجر من العبد وأتلفه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة.

وقالا يجب عليه الضمان، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأنه أتلف مال الغير من غير تأويل، فيجب عليه ضمانه، ولا شك أن الأجر الذي [٢/ ٣٦٩/ ب] أخذه العبد مال المولى؛ لأنه كسب عبده.

ولأبي حنيفة: نعم الكسب مال المالك، لكنه لا عصمة له في حق الغاصب بعد الغصب، فأشبه نصاب السرقة بعد القطع، وذلك لأن العصمة تثبت بيد حافظه بنفسه أو بيد نائبه، ويد المالك لم تثبت على هذا المال، ويد الغاصب ليس بيد ثابتة، ولا يقال الآخر في يد العبد، فكان في يد المولى؛ لأن العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونًا عليه، وإذا كان العبد في يد الغاصب فلم يكن العبد محرزًا حافظًا نفسه عن الغاصب فلا يكون محرزًا حافظًا ما في يده أيضًا.

وكذا قلنا في كسب المبيع قبل القبض غير مضمون على البائع بالاتفاق، فكذا هنا أو نقول: للآخر منفعة العبد فلو استهلك الغاصب منفعته لم يضمن، وكذا إذا استهلك بدله.

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ أَلْفًا، فَاشْتَرَى بِهَا جَارِيَةً، فَبَاعَهَا بِأَلْفَيْنِ، ثُمَّ اشْتَرَى بِالأَلْفَيْنِ جَارِيَةً، فَبَاعَهَا بِثَلَاثَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ، فَإِنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِجَمِيعِ الرِّبْحِ، وَهَذَا عِنْدَهُمَا) وَأَصْلُهُ: أَنَّ الغَاصِبَ أَوْ المُودَعَ إِذَا تَصَرَّفَ فِي المَغْصُوبِ أَوْ الوَدِيعَةِ وَرَبِحَ: لَا يَطِيبُ لَهُ الرِّبْحُ عِنْدَهُمَا، خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ، وَقَدْ مَرَّتْ الدَّلَائِلُ وَجَوَابُهُمَا فِي الوَدِيعَةِ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَنِدُ المِلْكُ إِلَى مَا قَبْلَ التَّصَرُّفِ لِانْعِدَامِ سَبَبِ الضَّمَانِ فَلَمْ يَكُنْ التَّصَرُّفُ فِي مِلْكِهِ، ثُمَّ هَذَا ظَاهِرٌ فِيمَا يَتَعَيَّنُ بِالإِشَارَةِ، أَمَّا فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ كَالثَّمَنَيْنِ فَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: اشْتَرَى بِهَا، إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ التَّصَدُّقَ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا اشْتَرَى بِهَا وَنَقَدَ مِنهَا الثَّمَنَ. أَمَّا إِذَا أَشَارَ إِلَيْهَا وَنَقَدَ مِن غَيْرِهَا، أَوْ نَقَدَ مِنهَا وَأَشَارَ إِلَى غَيْرِهَا، أَوْ أَطْلَقَ إِطْلَاقًا وَنَقَدَ مِنهَا: يَطِيبُ لَهُ، وَهَكَذَا قَالَ الكَرْخِيُّ؛ لِأَنَّ الإِشَارَةَ إِذَا كَانَتْ لَا تُفِيدُ التَّعْيِينَ ....

قوله: (وهذا) أي: التصدق بجميع الربح للمالك والمشتري ملكه، ولو دفع المال في آخر مضاربة، فالحكم في الربح على ما ذكرنا من الخلاف، وليس على المالك من أجر العامل شيء عند أحمد؛ لأنه لم يأذن له العمل في ماله ولا على الغاصب إن كان المضارب عالمًا بالغصب، وإن لم يعلم لزم أجر عمله على الغاصب كالعقد.

(وقد مرت الدلائل) أي: في مثله ومن غصب عبدًا فاستغله.

(ثم هذا) أي: عدم طيب الربح **(ظاهر فيما يتعين)** كالعروض ونحوها؛ لأن العقد يتعلق بها، حتى لو هلك قبل القبض يبطل البيع، فتستند الرقبة واليد في البيع بملك خبيث فيتصدق به.

(أما فيما لا يتعين كالثمنين) أي: الدراهم والدنانير.

(فقوله في الكتاب) أي: الجامع الصغير **(اشترى بها)** يشير إلى أنه أشار إليها، ونقد منها، إذ ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد به إذا أشار إليها ونقد منها.

قوله: (لأن الإشارة إذا كانت لا تفيد التعيين) فيستوي وجودها وعدمها، إلا أن تتأكد بالنقد منها، ولأنه لما أشار إليها صار مقصوده عينها، غير أنه يتخير

لَا بُدَّ أَنْ يَتَأَكَّدَ بِالنَّقْدِ لِيَتَحقَّقَ الخَبَثُ. وَقَالَ مَشَايِخُنَا: لَا يَطِيبُ لَهُ قَبْلَ أَنْ يَضْمَنَ، وَكَذَا بَعْدَ الضَّمَانِ بِكُلِّ حَالٍ، وَهُوَ المُخْتَارُ لِإِطْلَاقِ الجَوَابِ فِي الجَامِعَيْنِ وَالمضاربة.

قَالَ: (وَإِنْ اشْتَرَى بِالأَلْفِ جَارِيَةً تُسَاوِي أَلْفَيْنِ، فَوَهَبَهَا أَوْ طَعَامًا فَأَكَلَهُ: لَمْ يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ)، وَهَذَا قَوْلُهُمْ جَمِيعًا؛ لِأَنَّ الرِّبْحَ إِنَّمَا يَتَبَيَّنُ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ.

بين إيفاء عينها أو مثلها، فحين أوفاها فقد تم حكم الغرض منها، والمسألة بحالها يتصدق بالربح، كذا هذا، كذا ذكره المحبوبي.

(**قال مشايخنا: لا يطيب**) أي: الربح قبل أداء الضمان وبعده.

وقوله: (**بكل حال**) يتعلق بالصورتين لدفع العدوان (**وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين**) أي، الجامع الصغير، والجامع الكبير.

(**والمضاربة**) من المبسوط حيث قال: يتصدق بجميع الربح مطلقًا.

وحاصله: أنه متى استفاد بالحرام ملكًا من طريق الحقيقة أي: فيما يتعين، أو الشبهة أي: فيما لا يتعين يثبت الخبث وقط[1] لا تثبت الشبهة إلا استفاد شيئًا؛ لأنه إذا أشار لم يتعين إلا في حكم جواز العقد بمعرفة النقد والقدر، وإذا نقد استفاد به سلامة المشترى، فأما أن يصير عينهما عوضًا فلا، فثبت أنه لا يثبت إلا بالشبهة، وإذا أشار ولم ينقد فقد استفاد جواز العقد، وإذا نقد ولم يُشِرْ فقد استفاد بها سلامة المشترى، فتمكنت الشبهة بكل حال فقد استوت الوجوه في الشبهة، فاستوت في الحرمة والخبث.

وفي الذخيرة: قال مشايخنا: الفتوى اليوم على قول الكرخي: لكثرة الحرام دفعًا للحرج عن الناس، وعلى هذا قرر أي: الصدر الشهيد وشمس الأئمة السرخسي.

قوله: (**ولو اشترى بالألف**) أي: الألف المغصوبة أو الحرام (**جارية**).

وفي جامع أبي اليسر: هل يباح له الوطء أو الأكل؟ الصحيح أنه لا يباح؛

---

(١) كذا في الأصول الخطية: (وقط)، ولعل الصواب: (وقد).

....

لأن في السبب نوع خبث، ولهذا المعنى غاصب فيه قليل يقوى، يشتري شيئًا نسيئةً ويصرفه إلى حوائجه لم يقضِ الثمن.

وفي جامع المحبوبي، ونوادر ابن سماعة: غصب ثوبًا أو كُرًّا فاشترى طعامًا لا يسعه أن يأكل حتى يؤدي قيمة الثوب أو مثل الكُرِّ. ولو غصب دراهم فاشترى بها طعامًا وَسِعَه أكلُهُ؛ لأن الثوب إذا استحق [ينتقض البيع][(١)] بخلاف ما إذا استحقت الدراهم، ولو اشترى بالثوب والكر المغصوبين جارية لا يحل وطؤها.

أما لو تزوج[(٢)] بالثوب، أو بالكُرِّ امرأة حل وطؤها؛ لأن باستحقاق المهر لا ينتقض النكاح؛ لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس؛ لأن الربح فَضْلٌ وهو إنما يكون بعد المساواة، والمساواة إنما تتحقق عند اتحاد الجنس، ولا مجانسة هاهنا، فلا يثبت التساوي، فلا يثبت الفضل، ولأن الخبث يعمل في التصدق لا في التضمين، إذ الإنسان لا يضمن بالإتلاف ملك نفسه ولا يمكن التصدق هنا إلا بواسطة التضمين، فسقط أصلًا بخلاف المضارب [٢/ ٣٧٠/ أ] إذا اشترى بألف المضاربة عبدًا يساوي ألفين فأعتقه المضارب حيث جاز عتقه في ريعه، فقد أظهر الربح في الألف الزائد على الألف التي هي رأس المال، مع أن العبد غير الألف الذي أعطاه رب المال.

والمسألة في المبسوط: لما أن في المضاربة لما انقلب رأس المال عبدًا يتصرف المضارب، وفي العبد زيادة قيمة بضعف رأس المال، ظهر الربح لبقاء العبد، وظهور المجانسة بين رأس المال والربح؛ لأن نصف العبد بمقابلة رأس المال، والنصف الآخر بمقابلة الربح.

وفي مسألتنا ظهر الربح بزيادة القيمة عن الجارية على الألف المغصوبة، ولكن أزالها عن ملكه بغير عوض مالي، فلم يعمل ظهور الربح، فلا يجب التصدق بمقابلة الربح.

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) في الأصل: (تزوجها)، والمثبت من النسخة الثانية.

فَصْلٌ فِيمَا يَتَغَيَّرُ بِفِعْلِ الغَاصِبِ

قَالَ: (وَإِذَا تَغَيَّرَتِ العَيْنُ المَغْصُوبَةُ بِفِعْلِ الغَاصِبِ، حَتَّى زَالَ اسْمُهَا وَأَعْظَمُ مَنَافِعِهَا: زَالَ مِلْكُ المَغْصُوبِ مِنهُ عَنْهَا، وَمَلَكَهَا الغَاصِبُ وَضَمِنَهَا، وَلَا يَحِلُّ لَهُ الِانْتِفَاعُ بِهَا حَتَّى يُؤَدِّيَ بَدَلَهَا، كَمَنْ غَصَبَ شَاةً وَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا، أَوْ طَبَخَهَا، أَوْ حِنْطَةً فَطَحَنَهَا، أَوْ حَدِيدًا فَاتَّخَذَهُ سَيْفًا، أَوْ صُفْرًا فَعَمِلَهُ آنِيَةً) وَهَذَا كُلُّهُ عِنْدَنَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَنْقَطِعُ حَقُّ المَالِكِ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ

فَصْلٌ فِيمَا يَتَغَيَّرُ بِعَمَلِ الْغَاصِبِ

لما ذكر الغصب ومقدماته شرع في بيان أحكامه.

قوله: (بِفِعْلِ الغاصِبِ) قَيَّدَ به؛ لأنه لو تغير بدون فعله بأن صار العنب زبيبًا، أو الخمر خَلًّا بنفسه، والحليب لبنًا، والرُّطَب تمرًا، فالمالك بالخيار إن شاء أَخَذَ، وإن شاء ضَمَّنَه وتركه، ولو صار العنب زبيبًا يجعله ملكه، كذا في فتاوى العتابي.

وقوله: (حتى زال اسْمُها) احتراز عما غَصَبَ شاةً وذَبَحَها، حيث لم يَزُلْ ملك مالكها؛ لأنه لم يَزُلِ اسمُها، يقال: شاة مذبوحة، شاة حية. أما لو ذبحها وشواها أو طبخها، أو غصب حنطة فطحنها، أو حديدًا فاتخذه سيفًا يزول ملك المالك عنه؛ لوجود المخالفة من[١] الحنطة والدقيق والحديد والسيف؛ لزوال اسم الشاة بعد الطبخ، واسم الحنطة بعد الطحن، واسم الحديد بعد اتخاذ السيف، وكذا لو غرس النواة.

قوله: (وقال الشافعي: حق المالك لا ينقطع)، وبه قال أحمد، وأبو يوسف في رواية، غير أنه إذا اختار المالك[٢] أَخْذَ الدقيق لا يُضَمِّنُهُ النقصانَ عند أبي يوسف؛ لأنه يؤدي إلى الربا؛ لأنه يأخذ عين حقه مع شيء آخر؛ إذ الدقيق غير الحنطة.

وعند مالك: لو ذبحها وشواها يُضَمَّنُ قيمتَها، ولو ذبحها ولم يَشْوِها

---

(١) في الأصل: (لأن)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) في الأصل: (المال)، والمثبت من النسخة الثانية.

غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا اخْتَارَ أَخْذَ الدَّقِيقِ لَا يُضَمِّنُهُ النُّقْصَانَ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يُضَمِّنُهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ، لَكِنَّهُ يُبَاعُ فِي دَيْنِهِ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِن الغُرَمَاءِ بَعْدَ مَوْتِهِ. لِلشَّافِعِيِّ: أَنَّ العَيْنَ بَاقٍ فَيَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ وَتَتْبَعُهُ الصَّنْعَةُ كَمَا إِذَا هَبَّتْ الرِّيحُ فِي الحِنْطَةِ وَأَلْقَتْهَا فِي طَاحُونَةٍ فَطُحِنَتْ. وَلَا مُعْتَبَرَ بِفِعْلِهِ؛ لِأَنَّهُ مَحْظُورٌ فَلَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ عَلَى مَا عُرِفَ، فَصَارَ كَمَا إِذَا انْعَدَمَ الفِعْلُ أَصْلًا وَصَارَ كَمَا إِذَا ذَبَحَ الشَّاةَ المَغْصُوبَةَ وَسَلَخَهَا وَأَرَّبَهَا.

وَلَنَا: أَنَّهُ أَحْدَثَ صَنْعَةً مُتَقَوِّمَةً ....

أَخذَها مذبوحةً وما نقصها الذبح كقولنا، وعندهم: يضمنه، وعند أبي يوسف: يزول ملكه عنه، لكنه يباع فيشترى له به حنطة مثل حنطته، فلو مات الغاصب فالمالك أحق به من سائر الغرماء؛ لأنه زال ملكه ويده بسبب لم يرض به، ولو زال ملكه بسبب هو راض به كالبيع لا ينقطع حقه إذا أزيلت يده بغير رضاه بأن [قبض][1] المشتري بغير إذن البائع فهاهنا أولى لأن لا ينقطع حقه.

وفي الإيضاح: عن أبي يوسف ثلاث روايات أحدها كقولنا.

قوله: (وتتبعه الصنعة) لأن المالك صاحب الأصل، والغاصب صاحب صفة والصفة قائمة بالأصل مانعة له؛ فيترجح صاحب الأصل على صاحب التبع، وهذا لأن الدقيق حنطة فرقت أجزاؤها، وبتفريق[2] الأجزاء لا ينقطع حق المالك كالقطع في الثوب، والذبح، والسلخ، والتأريب في الشاة بدون الطبخ.

(ولا يعتبر بفعله) أي: بفعل الغاصب؛ لأنه عدوان محض، فلا يصلح سببًا للملك، فلغي فعله والتحق بالعدم، وصار كالحنطة وقعت في الطاحونة بهبوب الريح وصارت دقيقًا حيث لا ينقطع حق المالك.

(ولنا أنه) أي: الغاصب **(أحدث صفة[3] متقومة)**؛ لأن الحنطة تزداد قيمتها بالطحن، وكذا في ذبح الشاة مع طبخها، وكذا البواقي، فإذا ازدادت قيمتها

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (وتعريف)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) تقدم في المتن: (صنعة).

صَيَّرَ حَقَّ المَالِكِ هَالِكًا مِن وَجْهٍ، ....

بفعل الغاصب وزال اسمها وعظم منافعها صار مستهلكًا، فصار كأنه استهلكه، والمستهلك مضمون عليه بمثله، والمحصول له لأنه كسبه، والكاسب أحق بكسبه، وهذا معنى قوله: (هالك من وجه) إذ قيام الشيء بصورته ومعناه، وقد انعدمت الصورة كتبدل الاسم وهو ظاهر، إذ هو الدقيق غير صورة الحنطة.

وكذا انعدم المعنى لانعدام عظم منافعها، فإن الحنطة تصلح لأشياء كثيرة مثل البذر، والكشك، والهريسة، والنَّشاسْتَج[١] وغيرها، وبالطحن تهلك المنافع، وإذا ثبت المغايرة بينهما صورة ومعنى فيكون الأول مستهلكًا ضرورة، إذ الشيء الواحد يستحيل أن [يكون][٢] شيئين مختلفين في الصورة والمعنى، ولا يقال المقصود الأصلي بالحنطة التغذي؛ لأنها خلق لمصالح الأنفس، وكذا في سائر المطعومات، وبالطحن لم يَفُتْهُ ذلك، وكذا بالزراعة؛ لأن الزراعة استدامها [٢/ ٣٧٠/ ب] فيكون وسيلة إليه.

ولهذا يجري الربا بين الدقيق والحنطة، ولا ربا بدون المجانسة؛ لأنا نقول لا شك في فوات الصورة، وبفواتها يفوت المعنى، إذ المعنى قائم بالصورة، ولا نسلم أن المقصود من الحنطة الأكل، إذ العقلاء ما اعتادوا أكل غير الحنطة إلا بعد القلي، واتخاذ الهريسة أو الخبز يستدعي وجود الدقيق، والدقيق وجود الحنطة؛ فيكون وسيلة إلى هذا المقصود؛ فيكون المقصود الأصلي من عين الحنطة الزارعة، وكذا المقصود من عين السمسم الزراعة، ومن عين العنب التفكه.

فأما الخل والدقيق فمقصود من عين العصير لا من عين العنب، وجريان الربا بشبهة المجانسة لما أن عمل الطحن تفريق الأجزاء، وباب الربا مبني على الاحتياط، وإذا هلك الأول بفعله صار ضامنًا مثله، والدقيق حادث بفعله فيملكه، والصنعة قائمة بذاتها من كل وجه، والعين هالكة، وكانت الصنعة راجحة في الوجود، وترجيحه يرجع إلى الحال، وترجيحنا إلى الوجود، فالرجحان في الذات أحق من الرجحان بالحال؛ لأنها تابعة للذات.

---

(١) في القاموس (١٣٣٩): والنَّشا، وقد يُمَدُّ: النَّشاسْتَج، مُعَرَّبٌ حُذِفَ شَطْرُهُ.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَبَدَّلَ الِاسْمُ وَفَاتَ مُعْظَمُ المَقَاصِدِ، وَحَقُّهُ فِي الصَّنْعَةِ قَائِمٌ مِن كُلِّ وَجْهٍ، فَيَتَرَجَّحُ عَلَى الأَصْلِ الَّذِي هُوَ فَائِتٌ مِن وَجْهٍ، وَلَا نَجْعَلُهُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ مِن حَيْثُ إِنَّهُ مَحْظُورٌ، بَلْ مِن حَيْثُ إِنَّهُ إِحْدَاثُ الصَّنْعَةِ، بِخِلَافِ الشَّاةِ؛ لِأَنَّ اسْمَهَا بَاقٍ بَعْدَ الذَّبْحِ وَالسَّلْخِ، وَهَذَا الوَجْهُ يَشْمَلُ الفُصُولَ المَذْكُورَةَ وَيَتَفَرَّعُ عَلَيْهِ غَيْرُهَا

(ولا نجعله) أي: الغاصب من الطحن وغيره (سببًا للملك) إلى آخره، يعني فعله صار محظورًا من حيث تفويت يد المالك عن المحل لا من حيث إحداث الصنعة، إذ إحداث الصنعة مشروعة في نفسه، وإنما حرم هاهنا بأن جعل مال الغير بمنزلة آلة له، فأشبه الاحتطاب والاصطياد بقدوم الغير، وقوس الغير، وفرس الغير، وهذا جواب عن قول الخصم إنه [محظور فلا يعتبر][1] به.

قوله: (بخلاف الشاة) أي: في ظاهر الرواية تضمنا النقصان لا قيمة الشاة.

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة لا يضمنه النقصان، لأن الذبح والسلخ في الشاة زيادة، ولهذا يلتزم بمقابلته العوض.

وجه الظاهر: أنه زيادة من حيث التفويت إلى الانتفاع باللحم، ولكنه نقصان بتفويت سائر الأعضاء من الحيوان فلأجله يثبت الخيار للمالك كما في قطع الثوب، كذا في المبسوط.

وفي طريقة بعض مشايخنا إذا ذبح الشاة ينقطع حق المالك، وكذا إذا أَرَّبَها؛ لفوات التركيب والمنافع على المالك، ولكن الصحيح أنه لا ينقطع لما ذكرنا أن بالذبح لا يفوت اسم الشاة ولاعظم منافعها، والتأريب لا يفوت ما هو المقصود بالذبح، بل يحققه ولا يكون ذلك تبدل العين فيبقى حق المالك.

قوله: (وهذا الوجه) أي: وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم الانقطاع، وبفوات الاسم على الانقطاع شامل لعامة فصول مسائل الغصب.

(ويتفرع عليها) أي: على الفصول المذكورة (غيرُها) مثل: خبز الدقيق، ونسج الغزل، وغزل القطن، وعصر السمسم، فإنها تقطع حق المالك عندنا، ذكره في الإيضاح خلافا للشافعي ومن تابعه.

---

(١) في الأصل بياض مقدار ثلاث كلمات، والمثبت من النسخة الثانية.

فَاحْفَظْهُ. وَقَوْلُهُ: «وَلَا يَحِلُّ لَهُ الِانْتِفَاعُ بِهَا حَتَّى يُؤَدِّيَ بَدَلَهَا» اسْتِحْسَانٌ، وَالقِيَاسُ: أَنْ يَكُونَ لَهُ ذَلِكَ، وَهُوَ قَوْلُ الحَسَنِ وَزُفَرَ، وَهَكَذَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، رَوَاهُ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ. وَوَجْهُهُ: ثُبُوتُ المِلْكِ المُطْلَقِ لِلتَّصَرُّفِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ وَهَبَهُ أَوْ بَاعَهُ جَازَ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فِي الشَّاةِ المَذْبُوحَةِ المَصْلِيَّةِ

قوله: (في الشاة المَصْلِيَّة) أي: المشوية، من الصَّلْي، من حَدِّ ضَرَبَ.

روى أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الحرمي عن أبي بردة عن أبي موسى أنه عليه الصلاة والسلام كان في ضيافة رجل من الأنصار، فقدّم إليه شاة مصلية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغه فقال عليه الصلاة والسلام: «**إنّها تُخبِرُني أنّها ذُبِحَتْ بغَيرِ حَقٍّ**»، فقال الأنصاري: كانت شاة أخي لو كانت أعز من هذا لم [ينفس][(١)] عليَّ بها، وسأرضيه بخير منها إذا رجع، قال عليه الصلاة والسلام: «**أطْعِموها الأسارَى**» رواه أبو داود نحوًا من هذا[(٢)].

قال محمد: يعني المحبوسين قال محمد: هذا الحديث جعله أبو حنيفة أصلا في أكثر مسائل الغصب، كذا في المبسوط.

فالأمر بالتصدق يدل على زوال ملك مالكها، وملك غاصبها، إذ لولاها لأمر بحفظها لمالكها وردها عليه، إذ ملك الغير يحفظ عليه، ويرد إليه إذا أمكن، ودل على حل الانتفاع للفقير، وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل أداء الضمان بالتراضي أو بالقضاء، ولا ترد علينا اللقطة، فإن الشارع أمر بتصدقها مع أنها ملك مالكها؛ لأنه أمر بتصدقها بعد تعريفها وعجزها عن إصابة المالك، وعن صيانة المال.

وهاهنا المالك معلوم، ويمكن الرد عليه، فلا يجوز التصدق بدون رضاه كما لو علم صاحب اللقطة، ويمكن الرد عليه كذا ذكره الإمام البرغري.

وفي المبسوط: لو قضى القاضي بالضمان يحل الانتفاع بمجرد القضاء؛

---

(١) بياض في الأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٤٤ رقم ٣٣٣٢)، وأحمد (٥/ ٢٩٣) رقم (٢٢٥٦٢)، والدارقطني (٥/ ٥١٤ رقم ٤٧٦٣) عن رجل من الأنصار ﵁.

قال ابن حجر: أخرجه أحمد وأبو داود بسند قوي. فتح الباري (٩/ ٦٣٣).

بِغَيْرِ رِضَاءِ صَاحِبِهَا: أَطْعِمُوهَا الأَسَارَى» أَفَادَ الأَمْرُ بِالتَّصَدُّقِ زَوَالَ مِلْكِ المَالِكِ، وَحُرْمَةَ الِانْتِفَاعِ لِلْغَاصِبِ قَبْلَ الإِرْضَاءِ، وَلِأَنَّ فِي إِبَاحَةِ الِانْتِفَاعِ فَتْحُ بَابِ الغَصْبِ، فَيَحْرُمُ قَبْلَ الإِرْضَاءِ حَسْمًا لِمَادَّةِ الفَسَادِ، وَنَفَاذِ بَيْعِهِ وَهِبَتِهِ مَعَ الحُرْمَةِ لِقِيَامِ المِلْكِ كَمَا فِي المِلْكِ الفَاسِدِ. وَإِذَا أَدَّى البَدَلَ يُبَاحُ لَهُ؛ لِأَنَّ حَقَّ المَالِكِ صَارَ مُوَفًّى بِالبَدَلِ، فَحَصَلَتْ مُبَادَلَةٌ بِالتَّرَاضِي، وَكَذَلِكَ إِذَا أَبْرَأَهُ لِسُقُوطِ حَقِّهِ بِهِ، وَكَذَا إِذَا أَدَّى بِالقَضَاءِ، أَوْ ضَمِنَهُ الحَاكِمُ، أَوْ ضَمِنَهُ المَالِكُ لِوُجُودِ الرِّضَا مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْضِي إِلَّا بِطَلَبِهِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا غَصَبَ حِنْطَةً فَزَرَعَهَا، أَوْ نَوَاةً فَغَرَسَهَا، غَيْرَ أَنَّهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُبَاحُ الِانْتِفَاعُ فِيهِمَا قَبْلَ أَدَاءِ الضَّمَانِ لِوُجُودِ الِاسْتِهْلَاكِ مِن كُلِّ وَجْهٍ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِقِيَامِ العَيْنِ فِيهِ مِن وَجْهٍ ....

لوجود الرضا من المالك، إذ الحاكم لا يضمنه إلا بعد طلبه، فكان راضيًا به.

قوله: [٢/ ٣٧١/ أ] **(وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها)** ينقطع حق المالك عندنا خلافا للشافعي.

قوله: (لوجود الاستهلاك من كل وجه) فحينئذ لم يبق عين يتعلق به حق المالك؛ فيباح به الانتفاع به.

(بخلاف ما تقدم) أي: الحنطة فطحنها، وشاة فذبحها وطبخها **(لقيام العين فيه من وجه)** لما ذكرنا أن أثر الطحن في تفريق الأجزاء، فيكون العين باقيًا من وجه.

ولهذا قال أبو يوسف: إذا غصب نواة فغرسها، وصار شجرًا لا يكره الانتفاع بها، كما في الحنطة إذا زرعها؛ لأن الحب بالزرع يعفن، فإذا عفن لم يبق متقومًا، فلم يبق تعلق حق مالكها، فكذا النواة بعد الغرس تُعفِّن، فلا يبقى حق مالكها فيها، أما لو غصب الودي وغرسه وصار نخلًا يكره الانتفاع بها حتى يرضى صاحبه؛ لأن الودي يزيد في [نفسه][1] ولا يهلك، فبقي حق مالكها من وجه.

---

(١) بياض في الأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

وَفِي الحِنْطَةِ يَزْرَعُهَا لَا يَتَصَدَّقُ بِالفَضْلِ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، وَأَصْلُهُ مَا تَقَدَّمَ.

قَالَ: (وَإِنْ غَصَبَ فِضَّةً أَوْ ذَهَبًا، فَضَرَبَهَا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ آنِيَةً، لَمْ يَزُلْ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، فَيَأْخُذُهَا وَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ، وَقَالَا: يَمْلِكُهَا الغَاصِبُ وَعَلَيْهِ مِثْلُهَا)[*]؛ لِأَنَّهُ أَحْدَثَ صَنْعَةً مُعْتَبَرَةً صَيَّرَ حَقَّ المَالِكِ هَالِكًا مِن وَجْهٍ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ كَسَرَهُ وَفَاتَ بَعْضُ المَقَاصِدِ، وَالتِّبْرُ لَا يَصْلُحُ رَأْسَ المَالِ فِي المُضَارَبَاتِ وَالشَّرِكَاتِ وَالمَضْرُوبُ يَصْلُحُ لِذَلِكَ. وَلَهُ: أَنَّ العَيْنَ بَاقٍ مِن كُلِّ وَجْهٍ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الِاسْمَ بَاقٍ وَمَعْنَاهُ الأَصْلِيُّ الثَّمَنِيَّةُ، وَكَوْنُهُ مَوْزُونًا، وَأَنَّهُ بَاقٍ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الرِّبَا بِاعْتِبَارِهِ وَصَلَاحِيَّتِهِ لِرَأْسِ المَالِ مِن أَحْكَامِ الصَّنْعَةِ دُونَ العَيْنِ، وَكَذَا

قوله: (وأصله) أي: أصل هذا الخلاف (ما تقدم) في مسألة من غصب عبدًا فاشتغل فالطيب يدير على الضمان عبده؛ لنهيه عليه الصلاة والسلام عن ذبح ما لم يضمن، وعندهما على رضى من له الحق.

قوله: (فيأخذها ولا شيء للغاصب)، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وقيد بضمانهما دراهم أو دنانير؛ لأن في كسر الدراهم والدنانير وقلبهما يضمن مثله بالاتفاق؛ لأنه غُيِّر بصَنْعَةٍ[1] ولا يتم دفع الضرر عن صاحبه إلا بإيجاب المثل، والمكسور للكاسر بعد الضمان، وإن شاء صاحبه أخذ المكسور ولم يرجع عليه بشيء، ويستوي إن انتقصت ماليته بالكسر أو لم ينتقص؛ لأن صفة العين تغيرت بفعله وذلك كاف لإثبات الخيار له.

أما لو استهلك القلب فعليه قيمته مصوغًا من غير جنسه، وعند الشافعي من جنسه، وقد مر، ألا ترى أنه كسره يعني بالكسر يتبدل الاسم والمقصود، فإن قبل الضرب يسمى ذهبًا وفضة وبعده درهما ودينارًا، والكسر لا يصلح رأس المال في المضاربات والدرهم والدينار يصلح، فثبت أنهما اختلفا حكمًا فصار كالمسائل المتقدمة.

قوله: (ألا ترى أن الاسم باقٍ) بعد الصنعة يقال: ذهب وفضة.

قوله: (من حكم الصنعة لا من حكم العين) ولهذا نقول ما لا يتفاوت من

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) في الأصل: (لأنه عبر بضعفه)، والمثبت من النسخة الثانية.

الصَّنْعَةُ فِيهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّهُ لَا قِيمَةَ لَهَا عِنْدَ المُقَابَلَةِ بِجِنْسِهَا.

قَالَ: (وَمِن غَصَبَ سَاجَةً فَبَنَى عَلَيْهَا، زَالَ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا، وَلَزِمَ الغَاصِبَ قِيمَتُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لِلْمَالِكِ أَخْذُهَا، وَالوَجْهُ مِن الجَانِبَيْنِ قَدَّمْنَاهُ.

الفلوس الرائجة في هذا الحكم كالدراهم، فلا اعتبار ولا قيمة للصنعة في هذه الأموال منفردة عن الأصل، وبه فارق الحديد والصفر، فإن الصنعة هناك تخرجه من الوزن، وجب أن يكون مال الربا حتى لو باع قمقمة بقمقمتين يدًا بيد يجوز ذكره في كتاب الصرف.

وللصنعة في غير مال الربا قيمة، مع أن اسم العين وحكمهم قد تبدل هناك، أما هاهنا فلم يتبدل الاسم بالصنعة وحكم العين، فلما بقي العين وحكمه فللمالك أخذه، وإن وجد صنعة الصرف لما أنه لا قيمة للصنعة في هذه الأموال، إليه أشار في المبسوط.

قوله: (وكذا الصنعة فيها) أي عين الفضة والذهب.

وقوله: (مطلقًا) يحترز عن كسر إنائهما وقلبهما يضمن قيمته من خلاف جنسه على ما ذكرناه.

قوله: (ومن غصب ساجة)، في المغرب: الساجة، بالجيم: الخشبة العظيمة، أي: الخشبة المنحوتة المهيأة للأساس ونحوه(١).

وأما مسألة الساحة، بالحاء المهملة فتجيء.

قوله: (ولزم الغاصب قيمتها)، وفي الذخيرة: هذا إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة، أما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء لم يزل ملك مالكها عنها بالإجماع، ويجيء بتمامه في مسألة الساجة إن شاء الله تعالى.

(والوجه من الجانبين قدمناه) أي: في مسألة، وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب في أول الفصل وبقوله قال مالك، وأحمد، وزفر وافق الشافعي في هذه المسألة، والفرق لزفر أن في مسألة غصب الحنطة تصير مستهلكة بالطحن، وهاهنا زيادة وصف من غير استهلاك، وعلى هذا الخلاف لو غصب

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٢٣٧).

وَوَجْهٌ آخَرُ لَنَا فِيهِ: أَنَّ فِيمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ إِضْرَارًا بِالغَاصِبِ بِنَقْضِ بِنَائِهِ الحَاصِلِ مِن غَيْرِ خَلَفٍ، وَضَرَرُ المَالِكِ فِيمَا ذَهَبْنَا إِلَيْهِ مَجْبُورٌ بِالقِيمَةِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا ....

خيطًا وخاط به مساو[١] وهو بحاله فإنه يجب نقض ذلك ورد الخيط على صاحبه عندهم، وعندنا لا.

أما لو خاط بالخيط جرح حيوان يؤكل ففيه للشافعي وأحمد قولان: في قول: يجب رده، وفي الثاني ينتقل حقه إلى القيمة.

وفي المغني لابن قدامة: فإن خاط به جرح حيوان لا حرمة له كالمرتد والخنزير والكلب العقور يجب نزعه ورده، وإن خاط به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالآدمي والبغل والحمار [٢/ ٣٧١/ب] الأهلي، وخيف من نزعه الهلاك وإبطاء برئه لا يجب نزعه.

وإن خاط جرح حيوان مأكول لغير الغاصب وخيف التلف بنزعه لم ينزع؛ لأن فيه إضرارًا بصاحبه، ولا يُزال الضرر بالضرر. ولو كان الحيوان للغاصب فقال القاضي: يجب نزعه ورده[٢].

وقال أبو الخطاب فيه وجهان: أحدهما: هذا، والثاني: لا؛ لأن الحيوان حرمته في نفسه، ونهيه ﷺ عن ذبح الحيوان لا لمأكله[٣].

ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين.

ولو أدخل اللوح المغصوب في السفينة فإن كان في الساحل لزمه رده وقلعه، وبه قال الشافعي، ومالك، وإن كان في لجة البحر، واللوح في أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه يقلع، وإن خيف غرقها لم يقلع حتى يخرج إلى الساحل، ولصاحب اللوح طلب القيمة، فإذا أمكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة، وبه قال أصحاب الشافعي.

قوله: (وآخَرُ لنا) أي: دليل آخر لنا.

---

(١) هذا هو الأشبه لرسم (الكيملة) في النسخ الخطية، ولم نهتد لها.

(٢) كذا في النسخ الخطية، والذي في المغني: (وإن كان الحيوان للغاصب، فقال القاضي: لا يجب رده؛ لأنه يمكن ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه، وذلك جائز).

(٣) المغني لابن قدامة (٥/ ٢١١).

خَاطَ بِالخَيْطِ المَغْصُوبِ بَطْنَ جَارِيَتِهِ، أَوْ عَبْدِهِ، أَوْ أَدْخَلَ اللَّوْحَ المَغْصُوبَ فِي سَفِينَتِهِ. ثُمَّ قَالَ الكَرْخِيُّ وَالفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرَ: إِنَّمَا لَا يُنْقَضُ إِذَا بَنَى فِي حَوَالِي السَّاجَةِ، مَا إِذَا بَنَى عَلَى نَفْسِ السَّاجَةِ يُنْقَضُ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ. وَجَوَابُ الكِتَابِ يَرُدُّ ذَلِكَ وَهُوَ الأَصَحُّ.

قوله: (وأدخل اللوح المغصوب في سفينته) وفي الأسرار: صورة المجمع عليها فيما إذا كانت السفينة مع من عليها في لجة البحر، وخيف الغرق لما ذكرنا أن عند الشافعي إذا كانت السفينة ساكنة في جانب البحر نزعه، وكذا قيد بقوله: (خاط بطن عبده أو جاريته)؛ لأن فيه إجماعًا؛ لأن فيه تلف النفس كما نقلنا من مذهبهم.

وقلنا: بالبناء أثبت لنفسه حقًّا محترمًا، فلا يجوز إبطاله، إذ الظالم لا يُظلَم، فلما حرم إبطاله وصار بحال لا يمكن التمييز بينهما، ولا سبيل للاشتراك بالإجماع، فحق الغاصب أولى بالاعتبار، إذ في نقضه إضرار للغاصب بإهلاكه بلا خلف.

أما ضرر المالك مجبور بالضمان، ولا يقال: صاحب السلعة صاحب الأصل، إذ البناء تابع له، ولا شك أن صاحب الأصل يرجح بمراعاة جانبه على جانب صاحب الوصف؛ لأن الوصف هو البناء قائم من كل وجه، والأصل قائم من وجه هالك من وجه؛ لأنه صار تبعًا لملك غيره، وهذا صار بحيث يستحق بالشفعة بعد أن كان منقولًا لا يستحق بالشفعة، فانعدم فيه سائر وجوه الانتفاع سوى هذا، والقائم من كل وجه يرجح على القائم من وجه.

وفي الذخيرة: لو أراد الغاصب نقض البناء ورد الساجة مع تملكها بالضمان بعد القضاء بقيمتها لا يحل، وقبل القضاء بها قيل: يحل، وقيل: لا يحل؛ لأنه تضييع المال بلا فائدة.

قوله: (في حوالي الساجة) بأن يجعله عمادًا للجدار، أما إذا بنى على نفس الساجة ينقض؛ (لأنه متعد فيه)، والساجة من وجه كالأصل فتهدم للرد كما في مسألة الساجة وجواب الكتاب وهو قوله: (بني عليها) يرد ذلك لأنه قال بني عليها.

(وهو الأصح)[1] أي جواب الكتاب؛ لأن محمدًا ذكر في كتاب الغصب:

---

(١) في الأصل (الأصلح)، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمِن ذَبَحَ شَاةَ غَيْرِهِ فَمَالِكُهَا بِالخِيَارِ، إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ نُقْصَانَهَا، وَكَذَا الجَزُورُ، وَكَذَا إِذَا قَطَعَ يَدَهُمَا) هَذَا هُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَجْهُهُ: أَنَّهُ إِتْلَافٌ مِن وَجْهٍ بِاعْتِبَارِ فَوْتِ بَعْضِ الأَغْرَاضِ مِن الحَمْلِ وَالدَّرِّ وَالنَّسْلِ وَبَقَاءِ بَعْضِهَا، وَهُوَ اللَّحْمُ، فَصَارَ كَالخَرْقِ الفَاحِشِ فِي الثَّوْبِ، وَلَوْ كَانَت الدَّابَّةُ غَيْرَ مَأْكُولِ اللَّحْمِ ....

لو غصب بقرة واتخذ منها [عروة][(١)] مرادة انقطع حق المالك، وهو في العمل هنا متعدٍ؛ لأن عمله في ملك الغير، فدل أنه لا فرق بين أن يكون عمله في ملك الغير أو ملك نفسه، وهو الصحيح، كذا في المبسوط[(٢)].

قوله: (وكذا الجزور) أي: الإبل، وهو ما أعد للجزر وهو القطع، أي: الذبح، يُذَكَّر ويُؤَنَّث، كذا في المغرب.

وقد بينا أن في رواية الحسن لا يضمن النقصان إذا أخذ الشاة، وإنما ذكر الجزور بعدما ذكر حكم الشاة من الاختيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان؛ لدفع شبهة ترد على اختيار النقصان بأن يقال: والنقصان بالذبح في الشاة إنما كان يسبب تفويت صلاحيتها للدر والنسل، والجمل والجزور هي التي أعدت للذبح، فلم يكن الدر والنسل مطلوبًا، فينبغي أن لا يضمن الغاصب النقصان بل استحق أجر المثل من جزارته على المالك؛ لأنه حق مقصود فيها، فكان زيادة فيها لا نقصانًا كما إذا غصب ثوبًا فصبغه أحمر حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ إذا اختار أخذ الثوب، فدفع تلك الشبهة بقوله: (وكذا الجزور)، وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان المالك مخيرًا لأنه يحتمل أن يكون مقصوده فيها سوى الدر والنسل من الإسمان وتبقيتها إلى زمان ليحصل مقاصده منها.

قوله: (ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم)، وفي تقييد هذا الحكم بغير مأكول اللحم ليست زيادة فائدة؛ لما أن للحكم في مأكول اللحم كذلك؛ لأن

---

(١) بياض في الأصل مقدار كلمة، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسرخسي (١١/ ٩٤).

فَقَطَعَ الغَاصِبُ طَرَفَهَا لِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهَا لِوُجُودِ الِاسْتِهْلَاكِ مِن كُلِّ وَجْهٍ، بِخِلَافِ قَطْعِ طَرَفِ العَبْدِ المَمْلُوكِ حَيْثُ يَأْخُذُهُ مَعَ أَرْشِ المَقْطُوعِ؛ لِأَنَّ الآدَمِيَّ يَبْقَى مُنْتَفَعًا بِهِ بَعْدَ قَطْعِ الطَّرَفِ.

قَالَ: (وَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ خَرْقًا يَسِيرًا: ضَمِنَ نُقْصَانَهُ، وَالثَّوْبُ لِمَالِكِهِ)؛ لِأَنَّ العَيْنَ قَائِمٌ مِن كُلِّ وَجْهٍ، وَإِنَّمَا دَخَلَهُ عَيْبٌ فَيَضْمَنُهُ (وَإِنْ خَرَقَ خَرْقًا كَبِيرًا يُبْطِلُ عَامَّةَ مَنَافِعِهِ: فَلِمَالِكِهِ أَنْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ)؛ لِأَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ مِن هَذَا الوَجْهِ فَكَأَنَّهُ أَحْرَقَهُ. قَالَ رضي الله عنه: مَعْنَاهُ يَتْرُكُ الثَّوْبَ عَلَيْهِ: وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَضَمَّنَهُ النُّقْصَانَ؛ لِأَنَّهُ تَعْيِيبٌ مِن وَجْهٍ، مِن حَيْثُ إِنَّ العَيْنَ بَاقٍ، وَكَذَا بَعْضُ المَنَافِعِ قَائِمٌ، ثُمَّ إِشَارَةُ الكِتَابِ إِلَى أَنَّ الفَاحِشَ مَا يَبْطُلُ بِهِ عَامَّةُ المَنَافِعِ، وَالصَّحِيحُ: أَنَّ الفَاحِشَ مَا يَفُوتُ

بقطع الطرف للمالك اختيار تضمين جميع القيمة في المأكول وغيره، ذكره في المبسوط.

وفي الذخيرة، والمغني: وفي المنتقى هشام عن [٢/ ٣٧٢/ أ] محمد فيمن قطع يد حمار أو رجله، فكان لِما بَقِي [قيمة، فله][^1] أن يمسكه ويأخذ النقصان، أما لو ذبحه وكذلك الخيار، ولو قتله فليس له الخيار؛ لأن جلده لا قيمة له حينئذٍ، أما في الذبح بمنزلة الذبائح.

وفي النوادر: قطع أذن الدابة أو ذنبها يضمن النقصان لا غير.

قوله: (لأن الآدمي يبقى منتفعًا به بعد قطع طرفه) فلا يكون مستهلكًا من كل وجه؛ لبقائه صالحًا لعامة ما كان صالحًا له من قبل.

(ومن خرق ثوبًا) المراد[^2] من الثوب ما يلبس، وما لا يلبس كالكِرْباس بدليل وضع محمد في المبسوط، وبدليل تعليل شمس الأئمة في مبسوطه.

وقوله: (والصحيح) إلى آخره، احتراز عما ذكر قبله أن الفاحش ما تبطل به عامة منافعه، وعما ذكروا غير ذلك، بعضهم قالوا: ما أوجب نقصان ربع القيمة فصاعدًا فاحش، وقيل: ما أوجب نقصان نصف القيمة فاحش، وقيل: الفاحش

---

[^1]: (١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
[^2]: (٢) في الأصل: (المرأة)، والمثبت من النسخة الثانية.

بِهِ بَعْضُ العَيْنِ، وَجِنْسُ المَنْفَعَةِ، وَيَبْقَى بَعْضُ العَيْنِ وَبَعْضُ المَنْفَعَةِ، وَاليَسِيرُ مَا لَا يَفُوتُ بِهِ شَيْءٌ مِن المَنْفَعَةِ، وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فِيهِ النُّقْصَانُ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدًا جَعَلَ فِي الأَصْلِ قَطْعَ الثَّوْبِ نُقْصَانًا فَاحِشًا وَالفَائِتُ بِهِ بَعْضُ المَنَافِعِ.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ أَرْضًا، فَغَرَسَ فِيهَا، أَوْ بَنَى، قِيلَ لَهُ: اقْلَع البِنَاءَ وَالغَرْسَ

ما لا يصلح لثوب، واليسير ما يصلح.

قال شيخ الإسلام: ما ذكره لا يصح بدليل أن محمدًا جعل في الأصل قطع الثوب نقصانًا فاحشًا، والفائت به بعض المنافع، فعلم أن الصحيح ما ذكره محمد أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة بأن فات جنس المنفعة، وتبقى العين وبعض المنفعة، واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة.

(وإنما يدخل فيه النقصان) أي: في المالية.

قوله: (جعل في الأصل) أي: المبسوط **(قطع الثوب)** بدون الخياطة **(نقصانًا فاحشًا)** أما لو خاطه ينقطع حق المالك عندنا، ذكره في الذخيرة.

وعند الأئمة الثلاثة: لا ينقطع، وقالوا: في الشق اليسير يأخذ الثوب ويضمنه النقصان، وفي الفاحش كذلك عند الشافعي، وأحمد، وعند مالك يخير كقولنا.

قال شمس الأئمة: هذا الحكم الذي ذكرناه في الخرق في الثوب فهو الحكم في كل عين من الأعيان إلا في الأموال الربوية، فإن التعييب هناك - فاحشًا أو يسيرًا- لصاحبه الخيار بين الإمساك والدفع وتضمين قيمته، وفي الإمساك لا يضمن النقصان؛ لأنه يؤدي إلى الربا.

قوله: (قيل له اقلع البناء والغرس)، ولا يعلم فيه خلاف؛ لقوله ﷺ: «**ليسَ لِعِرْقٍ ظالمٍ حَقٌّ**»(١) وفي النهاية: بتنوين عرق على الصفة لا غير، ورواية الفقهاء

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ١٧٨ رقم ٣٠٧٣)، والترمذي (٣/ ٥٥ رقم ١٣٧٨)، والنسائي في "الكبرى" (٥/ ٣٢٥ رقم ٥٩٢٧) من حديث سعيد بن زيد رضي الله عنه.

قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وقد رواه بعضهم، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن النبي ﷺ مرسلًا، وقال النسائي: خالفه يحيى بن سعيد، وليث بن سعد - أي فروياه مرسلًا.

وَرُدَّهَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» وَلِأَنَّ مِلْكَ صَاحِبِ الأَرْضِ بَاقٍ، فَإِنَّ الأَرْضَ لَمْ تَصِرْ مُسْتَهْلَكَةً وَالغَصْبُ لَا يَتَحَقَّقُ فِيهَا، وَلَا بُدَّ لِلْمِلْكِ

على الصفة والإضافة.

وفي المُغرِب: أي: لذي عرق ظالم حق(١).

وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازًا كأنه غرسها على وجه الاغتصاب ليستوجبها به، رواه أبو داود، والترمذي وقال: حديث حسن. وقال أبو داود وأبو عبيد في هذا الحديث: أنه قال: فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلًا غرس في أرض رجل من الأنصار من بني بياضة، فاختصما إلى النبي ﷺ فقضى للرجل بأرضه، وقضى للآخر بنزع نخله، قال: ولقد رأيتها يضرب في أصولها بالفؤوس وإنها لنخل عم(٢).

وفي الفائق والغريبين: أول الحديث: «**مَنْ أحيَى أرضًا ميتةً فهِيَ لَهُ، وليسَ لِعرقٍ ظالمٍ حقّ**»، ثم قال في الغريبين: قال هشام بن عروة: وهو أن يجيء الرجل إلى أرض قد أحياها رجل قبله، فيغرس فيها غرسًا؛ ليستوجب به الأرض.

وفي الذخيرة، والمحيط، والمغني: لو غصب ساحة وبنى عليها لا ينقطع حق المالك، ثم قال: وكان الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي أنه ذكر في بعض كتبه مفصلًا فقال: إن كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء ليس للمالك أن يأخذها، وإن كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها، وكذا في الساجة، وقال: المراد مما ذكر في الكتاب ما قلنا، وزعم أن هذا هو المذهب.

قال مشايخنا: وهذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله، قال: من كان في يده لؤلؤة فسقطت فابتلعتها دجاجة إنسان ينظر إلى قيمة الدجاجة واللؤلؤة، فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤلؤة بين أخذ الدجاجة بقيمتها، وبين ترك اللؤلؤة وأخذ قيمتها.

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٣١٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ١٧٨ رقم ٣٠٧٤) من حديث عروة بن الزبير مرسلًا.

مِن سَبَبٍ فَيُؤْمَرُ الشَّاغِلُ بِتَفْرِيغِهَا، كَمَا إِذَا شَغَلَ ظَرْفَ غَيْرِهِ بِطَعَامِهِ (فَإِنْ كَانَتْ الأَرْضُ تَنْقُصُ بِقَلْعِ ذَلِكَ فَلِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَ لَهُ قِيمَةَ البِنَاءِ وَالغَرْسِ مَقْلُوعًا وَيَكُونَانِ لَهُ)؛ لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لَهُمَا وَدُفِعَ الضَّرَرُ عَنْهُمَا. وَقَوْلُهُ: «قِيمَتُهُ مَقْلُوعًا» مَعْنَاهُ: قِيمَةُ بِنَاءٍ أَوْ شَجَرٍ يُؤْمَرُ بِقَلْعِهِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ ....

وكذا لو أودع رجلًا فصيلًا، فَكَبُرَ الفصيل حتى لم يمكن إخراجه من البيت إلا بنقض الجدار ينظر إلى أكثرها قيمة، ويخير صاحب الأكثر على ما قلنا، وفي كتاب الحيطان: دخل قرن الشاة في قِدْرِ الباقلاني وتعذر إخراجه، ينظر أيهما أكثر قيمة فيؤمر صاحب الأكثر بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه، ويتملك مال صاحبه.

وكذا لو كان للمستأجر جب في الدار المستأجرة لا يمكن إخراجها إلا بهدم شيء من الحائط ينظر أيهما أكثر قيمة، وكذا لو أدخل رجل أترجة في قارورة غيره فكبرت الأترجة [٢/ ٣٧٢/ب] فلا خيار لأحد، وضمن الفاعل كصاحب الأترجة، ولصاحب القارورة قيمة الأترجة وقيمة القارورة، وتكون الأترجة والقارورة له بالضمان.

وقيل: يمكن أن نجيب عن هذه المسائل بأنه لا تعدِّي فيها، ويمكن دفع الضرر عنها بتملك صاحب الإكراه، وفي مسألة الغصب متعدٍّ فلا يراعى حقه.

وفي الكافي: ثم في وضع المسألة إشكال؛ لأنا بينا أن الغصب لا يتصور في العقار، والجواب أن الغصب الموجب للضمان لا يتصور فيه لا أصل الغصب، فيجوز أن يستعمل لفظ الغصب مجازًا كما في قوله: «**مَن غصبَ شِبرًا مِن أرضٍ**» الحديث[(١)]، لتصوره بصورة الغصب.

قوله: (معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه) فعلى هذا كانت قيمة الشجر المقلوع أكثر من قيمة الشجر الذي أمر بقلعه؛ لأن المؤنة صرفت في قلع المقلوع دون القائم، وازدادت قيمة المقلوع لذلك **(لأن حقه)** أي: حق الغاصب

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ١٠٧ رقم ٣١٩٨)، ومسلم (٣/ ١٢٣٠ رقم ١٦١٠) من حديث سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل ﷺ.

فِيهِ، إِذْ لَا قَرَارَ لَهُ فِيهِ، فَتَقُوَّمُ الأَرْضُ بِدُونِ الشَّجَرِ وَالبِنَاءِ وَتَقَوَّمُ وَبِهَا شَجَرٌ أَوْ بِنَاءٌ، لِصَاحِبِ الأَرْضِ أَنْ يَأْمُرَهُ بِقَلْعِهِ فَيَضْمَنُ فَضْلَ مَا بَيْنَهُمَا.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا، فَصَبَغَهُ أَحْمَرَ، أَوْ سَوِيقًا، فَلَتَّهُ بِسَمْنٍ: فَصَاحِبُهُ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ ثَوْبٍ أَبْيَضَ، وَمِثْلَ السَّوِيقِ، وَسَلَّمَهُ لِلْغَاصِبِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُمَا وَغَرِمَ مَا زَادَ الصَّبْغُ وَالسَّمْنُ فِيهِمَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الثَّوْبِ: لِصَاحِبِهِ أَنْ يَمْسِكَهُ وَيَأْمُرَ الغَاصِبَ بِقَلْعِ الصَّبْغِ بِالقَدْرِ المُمْكِنِ اعْتِبَارًا بِفَصْلِ السَّاحَةِ بَنَى فِيهَا؛ لِأَنَّ التَّمْيِيزَ مُمْكِنٌ، ....

(فيه) أي: في البناء والشجر الذي يؤمر بقلعه (إذ لا قرار له) أي: للبناء والشجر.

قوله: (فَلَتَّ السَّويقَ) اللَّتُّ: الخَلْط، من باب طَلَبَ.

وبقولنا قال مالك وأصبغ، وبقول الشافعي قال أحمد[(١)].

قوله: (لأن التمييز ممكن)، أي: بالغسل والعصر، وكذا في الخلط إذا كان التمييز ممكنًا يجب التمييز والرد، وإن كان غير ممكن يجب رد مثله، وملك في الخلط بهما، وفي الوجيز وشرحه: لو كان قيمة الصبغ بقدر قيمة الثوب فهما شريكان، يباع ويقسم الثمن عليهما.

وفي الحلية: إذا طالبه صاحب الثوب بقلع صبغه وامتنع الغاصب من ذلك ففيه وجهان: أحدهما: لا يجبر، وهو قول أبي العباس، والثاني: يجبر، وهو قول ابن خيران، وأبي إسحاق[(٢)].

ولو طلب الغاصب بيع الثوب وامتنع صاحبه ففيه وجهان: يجبر ليصل الغاصب إلى حقه، والثاني: لا يجبر، وفي الخلط إن كان بمثله وطلب المالك أن يدفع إليه حقه وامتنع الغاصب: في المنصوص الخيار للغاصب، وفي وجه يلزمه دفعه إلى المالك، ولو خلطه بأجود وبدله الغاصب صاعًا مثله ففيه وجهان: في المنصوص الخيار للغاصب، والثاني أنه يباع الجميع ويقسم الثمن

(١) في الأصل: (وبقول قال الشافعي وأحمد)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للشاشي (٥/ ٢٣٩).

بِخِلَافِ السَّمْنِ فِي السَّوِيقِ؛ لِأَنَّ التَّمْيِيزَ مُتَعَذِّرٌ. وَلَنَا: مَا بَيَّنَّا أَنَّ فِيهِ رِعَايَةَ الجَانِبَيْنِ، وَالخِيَرَةُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ لِكَوْنِهِ صَاحِبَ الأَصْلِ، بِخِلَافِ السَّاحَةِ بَنَى فِيهَا؛ لِأَنَّ النَّقْضَ لَهُ بَعْدَ النَّقْضِ؛ أَمَّا الصِّبْغُ فَيَتَلَاشَى، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا انْصَبَغَ بِهُبُوبِ الرِّيحِ؛ لِأَنَّهُ لَا جِنَايَةَ مِن صَاحِبِ الصَّبْغِ ....

بينهما، ولو خلطه بما دونه أجبر الغاصب على دفع ملك المالك.

وعند مالك: أخذه بالمثل من غيره، ومن أصحابنا من قال: يباع الجميع ويقسم الثمن على قدر القيمتين، ولو خلطه بغير جنسه لزمه صاع من مثله.

ومن أصحابنا من قال: يباع الجميع ويقسم الثمن على قدر قيمتها، وبه قال مالك في الصورتين، وعن أحمد: مثله.

وفي المغني لابن قدامة: لو خلطه بما لا قيمة له كالزيت بالماء فإن أمكن تخليصه خلصه وردَّه وردَّ نقصه، وإن لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده رجع عليه بمثله؛ لأنه صار مستهلكًا، وإن لم يفسده رده ورد ما نقصه، وإن احتيج في تخليصه إلى غرامة لزم الغاصب؛ لأنه بسببه، ولأصحاب الشافعي: في هذا الفصل نحو مما ذكرنا[١].

قوله: (ولنا: أن فيه) أي في ثبوت الخيار للمالك (رعاية للجانبين) جانب المالك والغاصب؛ لأن صنيعه مال متقوم كالثوب، وتغصيبه لا يسقط حرمة ماله، فيجب صيانته ما أمكن، وذا فيما قلنا من التخيير، وأثبتنا الخيار لرب الثوب؛ لكونه صاحب أصل، والغاصب صاحب وصف، فكان إثبات الخيار لصاحب الأصل أولى؛ لأن الأصل قائم بنفسه، والوصف تابع له، والشافعي أهدر جانب الغاصب من كل وجه.

قوله: (بخلاف الساحة) بالحاء المهملة أي: البناء في الساحة، حيث يؤمر بالقلع من غير إثبات الخيار؛ لأنه أمكن إيصال حق كل واحد منهما إلى صاحبه بالنقض.

(لأن النقض) أي: المنقوض كالخشب والآجُرِّ (له) أي: للغاصب، فيصل

---

(١) المغني لابن قدامة (٥/ ٢١٥).

لِيَضْمَنَ الثَّوْبَ، فَيَتَمَلَّكُ صَاحِبُ الأَصْلِ الصِّبْغَ. قَالَ أَبُو عِصْمَةَ فِي أَصْلِ المَسْأَلَةِ: وَإِنْ شَاءَ رَبُّ الثَّوْبِ بَاعَهُ، وَيَضْرِبُ بِقِيمَتِهِ أَبْيَضَ، وَصَاحِبُ الصَّبْغِ بِمَا زَادَ الصِّبْغُ فِيهِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ لَا يَتَمَلَّكَ الصَّبْغَ بِالقِيمَةِ، وَعِنْدَ امْتِنَاعِهِ تَعَيَّنَ رِعَايَةُ الجَانِبَيْنِ فِي البَيْعِ وَيَتَأَتَّى، هَذَا فِيمَا إِذَا انْصَبَغَ الثَّوْبُ بِنَفْسِهِ، وَقَدْ ظَهَرَ بِمَا ذَكَرْنَا لِوَجْهِ فِي السَّوِيقِ، غَيْرَ أَنَّ السَّوِيقَ مِن ذَوَاتِ الأَمْثَالِ، فَيَضْمَنُ مِثْلَهُ، وَالثَّوْبُ مِن ذَوَاتِ القِيَمِ فَيَضْمَنُ

إليه عين حقه، أما الصبغ يتلاشى بالغسل ولم يحصل للغاصب شيء، فلذا أثبتنا الخيار له وبخلاف ما إذا انصبغ بهبوب الريح، حيث لا يثبت الخيار لرب الثوب بل يؤمر بدفع قيمته، إذ لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب، فيتملك صاحب الأصل الصبغ كذا في المبسوط.

وقوله: (لِيُضْمَنَ) على بناء المفعول، و(الثوبَ) بالنصب؛ لأنه مفعول ثان أي: ليضمن من التضمين صاحب الصبغ الثوب.

وفي الإيضاح: ولو انصبغ بغير فعل أحد فهو لرب الثوب، ولا شيء عليه من قيمة الصبغ في قول أبي حنيفة، وإن كان عصفرًا أو زعفرانًا فرب الثوب بالخيار إن شاء أعطاه [٢/ ٣٧٣/أ] ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء امتنع، فيباع الثوب فيصرف بقيمة ثوبه أبيض، وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ في الثوب؛ لأنه لم يوجد من أحد فعل هو سبب للضمان، فانتفى الضمان وصارا شريكين، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (وقال أبو عصمة) أي: المروزي (في أصل المسألة) أي: في قوله: (ومن غصب ثوبًا فصبغه أحمر)[1]، وإنما ذكر في أصل المسألة لئلا يتوهم أن هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسألة الانصباغ، وإن كان حكم مسألة الانصباغ كذلك على ما ذكر في الكتاب، ويتأتى هذا فيما انصبغ الثوب بنفسه.

(وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق) أي: الجواب، والتعليل في السويق كالجواب، والتعليل في الصبغ والانصباغ.

---

(١) انظر المتن ص ٦٠٧.

قِيمَتَهُ. وَقَالَ فِي الأَصْلِ: يَضْمَنُ قِيمَةَ السَّوِيقِ؛ لِأَنَّ السَّوِيقَ يَتَفَاوَتُ بِالقَلْيِ، فَلَمْ يَبْقَ مِثْلِيًّا. وَقِيلَ: المُرَادُ مِنْهُ المِثْلُ سَمَّاهُ بِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ، وَالصُّفْرَةُ كَالحُمْرَةِ. وَلَوْ صَبَغَهُ أَسْوَدَ فَهُوَ نُقْصَانٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا زِيَادَةٌ. وَقِيلَ: هَذَا اخْتِلَافُ عَصْرٍ وَزَمَانٍ. وَقِيلَ: إنْ كَانَ ثَوْبًا يُنْقِصُهُ السَّوَادُ فَهُوَ نُقْصَانٌ، وَإِنْ كَانَ ثَوْبًا يُزِيدُ فِيهِ السَّوَادُ فَهُوَ كَالحُمْرَةِ وَقَدْ عُرِفَ فِي غَيْرِ هَذَا المَوْضِعِ. وَلَوْ كَانَ ثَوْبًا تُنْقِصُهُ الحُمْرَةُ بِأَنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا فَتَرَاجَعَتْ بِالصَّبْغِ إلَى عِشْرِينَ، فَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ يُنْظَرُ إلَى ثَوْبٍ تُزِيدُ فِيهِ الحُمْرَةُ، فَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ خَمْسَةً يَأْخُذُ ثَوْبَهُ وَخَمْسَةَ دَرَاهِمَ؛ لِأَنَّ إحْدَى الخَمْسَتَيْنِ جُبِرَتْ بِالصَّبْغِ.

قوله: (سماه به) أي: سمى المثل به أي: بالقيمة على تأويل ما (يقوم به)[1] أي: لقيام المثل مقام المغصوب (وهذا اختلاف عصر) فإن أبا حنيفة في زمن بني أمية، وكانوا يمتنعون عن لبس السواد، فأجاب على ما شاهد، وهما أجابا على ما شاهدا من عادة بني العباس بلبس السواد، وكان أبو يوسف يقول أولًا بقول أبي حنيفة، فلما قلد القضاء أمر بلبس السواد، احتاج إلى التزام مؤنة في ذلك، فرجع وقال: السواد زيادة.

قوله: (يزيد فيه السواد) كالغصب ونحوه.

قوله: (فعن محمد) إلى قوله (يأخذ) أي: رب الثوب (ثوبه وخمسة دراهم) من الغاصب أيضًا؛ لأنه استوجب على الغاصب نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم؛ واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة، فالخمسة بالخمسة قصاص، ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة، وهذا رواية هشام عن محمد، كذا في المبسوط[2].

فالحاصل: أن الصبغ لا يخلو إما أن يكون بالسواد أو غيره، وكل واحد لا يخلو إما أن يوجب الزيادة أو النقصان، ثم كل واحد من السواد وغيره بفعل أحد أو لا.

---

(١) تقدم في المتن (لقيامه مقامه).
(٢) المبسوط للسرخسي (١١/ ٨٥).

فَصْلٌ غَصَبَ عَيْنًا فَغَيَّبَهَا

(وَمَنْ غَصَبَ عَيْنًا، فَغَيَّبَهَا، فَضَمَّنَهُ المَالِكُ قِيمَتَهَا:

فالأول: لا يخلو إما أن يكون بفعل صاحب الثوب أو صاحب الصبغ أو غيرهما، وذلك الغير إما أن يكون حاضرًا أو غائبًا، فالأقسام كلها مذكورة في الإيضاح.

ثم الذي ذكر في الكتاب هو الذي ذكرنا فلا يحتاج إلى إعادته، وأما الذي لم يذكره في الكتاب فهو أن صاحب الثوب لو غصب العصفر، وصبغ به ثوبه فهو ضامن لمثل ما أخذ؛ لأنه استهلكه إن قدر عليه، وإن لم يقدر عليه فهو مسألة المثلي إذا انقطع من أيدي الناس، وليس لصاحب العصفر أن يحبس الثوب؛ لأن الثوب أصل، فصار الصبغ كالهالك، والسواد في هذا الوجه بمنزلة العصفر على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن صاحب الثوب مستهلك للسواد، فلا فرق بين أن يزيد قيمة الثوب أو ينقص.

والثاني: ما لو وقع في صبغ أحد فانصبغ وقد ذكرناه، ولو غصب ثوبًا وصبغه بعصفر آخر ثم ذهب الفعل ولا يعرف، فالقول فيه كما لو انصبغ بغير فعل أحد استحسانًا.

فالقياس: أن لا يكون لصاحب الصبغ على صاحب الثوب سبيل؛ لأنه وجب الضمان على الغاصب وانقطع حقه عن الصبغ.

وفي الاستحسان: لما تقدر إيجاب الضمان على أحد صار كأنه حصل من غير فعل أحد، ومما يتصل بالمسائل فتح رأس تنور حتى برد فعليه قيمة الحطب، مقدار ما يسجر به التنور، ويمكن أن يقال: بكم يستأجر التنور المسجور للانتفاع؟ فيضمن ذلك القدر، أو ينظر إلى أجرته مسجورًا وغير مسجور فيضمن تفاوت ما بينهما.

فَصْلٌ غَصَبَ عَيْنًا فَغَيَّبَهَا

لما ذكر مقدمات الغصب وكيفية ما يوجب الضمان شرع في مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين.

قوله: (فَضَمَّنَهُ المالِكُ قيمَتَها)، يعني للمالك الخيار في تضمين قيمتها

مَلَكَهَا) وَهَذَا عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَمْلِكُهَا لِأَنَّ الغَصْبَ عُدْوَانٌ مَحْضٌ فَلَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ كَمَا فِي المُدَبَّرِ. وَلَنَا: أَنَّهُ مَلَكَ البَدَلَ بِكَمَالِهِ، وَالمُبَدَّلُ قَابِلٌ لِلنَّقْلِ مِن مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ، فَيَمْلِكُهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ، ....

والصبر إلى أن يوجد، فإذا ضمنه المالك **(مسكها)**[1] أي: العين المغصوب **(عندنا)** وبه قال مالك.

وقال الشافعي، وأحمد: لا يملكها، حتى لو ظهرت يستردها، ويرد القيمة.

فائدة الخلاف في الكسب ونفوذ البيع، ووجوب الكفن على الغاصب؛ لأنه ملكه عندنا، كذا ذكره البرغري.

فلا يصلح سببًا للملك؛ لأن الملك مشروع والغصب عدوان محض، فلا يكون مفضيًا إلى الملك، إذ أدنى درجات السبب [٢/ ٣٧٣/ ب] أن يكون مباحًا، فلا يملكه كما في ضمان المدبر.

يؤيده قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، فالله تعالى جعل أكل مال الغير قسمين: قسمًا بالتجارة عن تراضٍ، وقسمًا بالباطل، وهذا ليس بتجارة عن تراضٍ؛ فيكون بالباطل، ولأن هذا الضمان جبران فيكون بمقابلة الفائت، والفائت اليد لا الملك.

ولهذا لو هشَّمَ قلب فضة للغير، وقضي عليه بالقيمة، ثم افترقا من غير قبض لا يبطل القضاء، ولو كان بدلًا عن العين كان صرفًا؛ فيبطل بالافتراق.

(وكما في المدبر) فإنه لا يقبل الفعل عندكم.

(ولنا أنه) أي: المالك **(ملك البدل)** وهو القيمة.

(بيده)[2] أي: يدًا ورقبة فوجب أن يزول ملكه عن البدل، فإذا زال ملكه عنه ملكه من وجب عليه بدله إذا كان البدل محتملًا للنقل من ملك إلى ملك.

(دفعًا للضرر عنه) أي: الغاصب، وتحقيقا للعدل كما في سائر المبادلات، إذ الأصل في الضمان أن يجب بقدر ما فوَّتَ؛ لأن العدل إنما يتحقق بإيجاب مثل الفائت، فإذا ملك المالك البدل بكماله فيزول ملكه عن المغصوب شرطًا؛

---

(١) هكذا بالأصل، وفي النسختين الثانية والثالثة (ملكها).

(٢) هكذا بالأصل، وفي النسختين الثانية والثالثة (بكماله).

بِخِلَافِ المُدَبَّرِ، لِأَنَّهُ غَيْرُ قَابِلٍ لِلنَّقْلِ لِحَقِّ المُدَبَّرِ، نَعَمْ قَدْ يُفْسَخُ التَّدْبِيرُ بِالقَضَاءِ، لَكِنَّ البَيْعَ بَعْدَهُ يُصَادِفُ القِنَّ.

لحكم شرعي وهو الضمان؛ لأنه شرع جبرًا، ولا جبر في بقاء الأصل على ملكه؛ إذ الجبر يعتمد الفوات فصار حسنًا بحسنه، ولهما قبح أن لو ثبت الملك بالغصب مقصودًا، كذا في الأسرار، والأصول.

وفي المبسوط: بعض أصحابنا من المتقدمين يقول: سبب الملك بقدر الضمان على الغاصب كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، وهو معنى قولهم: المضمونات تملك بالضمان، وهذا غلط؛ لأن الملك عندنا يثبت من وقت الغصب، ولهذا نفذ بيع الغاصب، وسلم الكسب له[1].

وبعض المتأخرين قال: الغصب سبب موجب للملك عند أداء الضمان، وهذا أيضًا وهم، فإن الملك لا يثبت للغاصب عند أداء الضمان حقيقة، ولهذا لا يسلم له الولد، ولو كان كذلك ينبغي أن يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة، كما في البيع الموقوف إذا تم بالإجارة، ومع [هذا][2] في العبارة بعض الشنعة، إذ الغصب عدوان محض، والملك مشروع مرغوب، فلا يصلح أن يجعل العدوان سببًا له، فإنه ترغيب للناس فيه، ولا يجوز إضافة مثله إلى الشرع، فالأسلم أن نقول: الغصب موجب لرد العين، ورد القيمة عند تعذر العين بطريق الجبران مقصود بهذا السبب، ثم يثبت الملك للغاصب شرطًا للقضاء بالضمان لا حكمًا ثابتًا مقصودًا بالغصب، ولهذا لا يملك الولد إلى آخر ما ذكرنا.

قوله: (نعم قد يفسخ التدبير) جواب إشكال مقدر، وهو أن يقال: لا نسلم أن المدبر غير قابل للنقل بل قابل؛ لأن المولى لو باعه وقضى القاضي بجواز بيعه يجوز ويفسخ التدبير: فأجاب عنه وقال: نعم، إلا أن هناك انفسخ التدبير؛ لأن القضاء في فصل مجتهد؛ فينفذ ويفسح التدبير، فحينئذٍ البيع يصادف القن لا في المدبر، وهاهنا الضمان يجب بمقابلة تفويت يد المالك عن المدبر لا بمقابلة الرقبة.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ٦٧).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَالقَوْلُ فِي القِيمَةِ قَوْلُ الغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ) لِأَنَّ المَالِكَ يَدَّعِي الزِّيَادَةَ وَهُوَ يُنْكِرُ، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ مَعَ يَمِينِهِ (إِلَّا أَنْ يُقِيمَ المَالِكُ البَيِّنَةَ بِأَكْثَرَ مِن ذَلِكَ) لِأَنَّهُ أَثْبَتَهُ بِالحُجَّةِ المُلْزِمَةِ.

قَالَ: (فَإِنْ ظَهَرَتِ العَيْنُ، وَقِيمَتُهَا أَكْثَرُ مِمَّا ضَمِنَ، وَقَدْ ضَمِنَهَا بِقَوْلِ المَالِكِ،

وفي أصول فخر الإسلام: وهذا طريق جائز، ولكن لا يصار إليه إلا عند العجز عن المقابلة بالرقبة؛ لأن فيه اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد، وهو عدول عن سنن العدل، وقد عجزنا في المدبر عن المقابلة بالرقبة صيانة لحق المدبر، فجعلناهُ خلفًا عن النقصان الذي حل بيده.

وفي المبسوط: ونظيره فصلان:

أحدهما: ضمان العتق، فإنه بمقابلة العين في كل محل يحتمل اتحاد شرطه، وهو ملك العين، وفيما لا يحتمل اتحاد الشرط كالمدبر وأم الولد عندهم، لا يجعل بدلًا عن العين بل عن اليد.

والثاني: ضمان الصلح، فإنه إذا أخذ بالتراضي كان المأخوذ بدلًا عن العين في كل محل يحتمل بملك العين، يجعل المأخوذ بمقابلة الجناية التي حلت بيده.

وأما الجواب عن الآية أنها تدل على أن الأكل بالتجارة عن تراضٍ جائز، لا أن يكون الجواز مقصورًا عليه بالإجماع، مع أن معنى التجارة عن تراضٍ هاهنا يوجد؛ لأن المالك يتمكن من أن يصبر حتى تظهر العين فيأخذ، فحين طالب بالقيمة مع علمه أن من شرطه انعدام ملكه في العين فقد صار راضيًا بذلك، كذا قيل.

والجواب عن المعنى الذي ذكر أن الضمان بمقابلة ما هو [٢/ ٣٧٤/أ] المقصود، ومقصود صاحب الدراهم عين الدراهم لا امتلاء كيسه، ولهذا يسمى قيمة العين.

وأما الجواب عن مسألة القلب أنه إنما لا يبطل بالافتراق هاهنا؛ لأنه ثبت شرطًا للضمان كما ذكرنا.

أَوْ بِبَيِّنَةٍ أَقَامَهَا، أَوْ بِنُكُولِ الغَاصِبِ عَنْ اليَمِينِ: فَلَا خِيَارَ لِلْمَالِكِ، وَهُوَ الغَاصِبُ)؛ لِأَنَّهُ تَمَّ لَهُ المِلْكُ بِسَبَبٍ اتَّصَلَ بِهِ رِضَا المَالِكِ حَيْثُ ادَّعَى هَذَا المِقْدَارَ. قَالَ: (فَإِنْ كَانَ ضَمِنَهُ بِقَوْلِ الغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ: ....

والجواب عن المدبر قد مر، ومما يؤيد قولنا قوله ﷺ: «**أَطْعِمُوهَا الأَسَارَى**»[(١)] فأمرهم بالتصدق ولو لم يملكوها لما أمرهم بالتصدق؛ لأن التصدق بملك الغير إذا كان مالكها معلومًا لا يجوز، بل يحفظ عليه عين ملكه، فإن تعذر يباع فيحفظ عليه ثمنه، كذا في المبسوط[(٢)].

قوله: (فالقول قول الغاصب مع يمينه) ولا يعلم فيه خلاف إلا أن يقيم المالك منه والقول له.

وفي المبسوط، والذخيرة: في دعوى المغصوب ذكر الجنس والصفة ليس بشرط كما في سائر الدعاوى؛ لأن محمدًا ذكر في الأصل: أقام البينة على رجل أنه غصب جارية، لم يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردّها.

قال الحلواني: في هذه المسألة مما تحفظ؛ لأنه قال: أقام بينة ولم يذكر جنسها وصفتها وقيمتها.

قال بعض المشايخ: تأويل المسألة أنه ذكر الجنس والصفة والقيمة.

وقال أبو بكر الأعمش: تأويلها أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب بذلك، فأما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب، لأن القضاء بالمجهول غير ممكن، ولكن الأصح أن هذه الدعوى والشهادة مقبولة بدون ذكر الجنس والصفة للضرورة؛ لأن الغاصب ممتنع عن إحضار المغصوب عادة، وحين يغصب إنما يتأتى من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف المغصوب، فسقط اعتبار علمهم للتعذر، فصار ثبوت ذلك الغصب بالبينة؛ لثبوته بإقراره فيحبس، ولأن وجوب الرد عليه ثابت بنفس الفعل، وهذا

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٤٤ رقم ٣٣٣٢)، وأحمد (٥/ ٢٩٣) رقم (٢٢٥٦٢)، والدارقطني (٥/ ٥١٤ رقم ٤٧٦٣) عن رجل من الأنصار ﷺ.
قال ابن حجر: أخرجه أحمد وأبو داود بسند قوي. فتح الباري (٩/ ٦٣٣).
(٢) المبسوط للسرخسي (١١/ ٦٧).

فَهُوَ بِالخِيَارِ، إنْ شَاءَ أَمْضَى الضَّمَانَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ العَيْنَ وَرَدَّ العِوَضَ) لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ بِهَذَا المِقْدَارِ، حَيْثُ يَدَّعِي الزِّيَادَةَ وَأَخَذَهُ دُونَهَا لِعَدَمِ الحُجَّةِ. وَلَوْ ظَهَرَتْ العَيْنُ وَقِيمَتُهَا مِثْلَ مَا ضَمَّنَهُ، أَوْ دُونَهُ فِي هَذَا الفَصْلِ الأَخِيرِ، فَكَذَلِكَ الجَوَابُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَهُوَ الأَصَحُّ خِلَافًا لِمَا قَالَهُ الكَرْخِيُّ ﷺ: أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ حَيْثُ لَمْ يُعْطِ لَهُ مَا يَدَّعِيهِ وَالخِيَارُ لِفَوَاتِ الرِّضَا.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ فَضَمَّنَهُ المَالِكُ قِيمَتَهُ: فَقَدْ جَازَ بَيْعُهُ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ، ثُمَّ ضَمِنَ القِيمَةَ، لَمْ يَجُزْ عِتْقُهُ) لِأَنَّ مِلْكَهُ الثَّابِتَ فِيهِ نَاقِصٌ، ....

معلوم بشهادتهم، فيتمكن القاضي من القضاء به، أما بينة الغاصب على القيمة لا تقبل لو كذبه المالك؛ لأنها على نفي الزيادة.

وقيل: ينبغي أن تقبل بينته لإسقاط اليمين عنه، إذ البينة تقبل لإسقاط اليمين كما لو ادعى المودع رد الوديعة يقبل.

قوله: (فلا خيار للمالك)[1] وبه قال مالك، وعند الشافعي، وأحمد: له الخيار؛ لعدم زوال ملكه عندهما عنه.

قوله: (وأخذه) أي: أخذ المالك دونها؛ لعدم البينة لا بالرضا.

قوله: (فكذلك الجواب) أي: للمالك الخيار، وقال الكرخي: لا خيار له، لأنه توفر عليه بدل ملكه بكماله.

وقوله: (لأنه [لم][2] يتم رضاه) دليل الأصح، فإنه لم يعطه ما يدعيه، إذ جاز أن يكون قيمته مثل ما ضمنه عند المقومين، فلا يكون مثله عنده، فلا يرضى به بدلًا، وقد لا يرضى الإنسان بزوال ملكه عن العين بقيمته أو أكثر، فلم يتم رضاه، فإذا اختار المالك أخذ المغصوب، للغاصب أن يحبسه حتى يأخذ القيمة التي دفعها إليه؛ لأنها مقابلة بخلاف المدبر؛ لأنه ليس بمقابل به.

قوله: (جاز بيعه) وبه قال أحمد في رواية، وقال في رواية: لا يجوز بيعه كالإعتاق، وبه قال الشافعي، ومالك كتصرفات الفضولي. ولنا: الفرق أن الملك الثابت للغاصب ناقص.

---

(١) انظر المتن ص ٦١٥.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِثُبُوتِهِ مُسْتَنِدًا أَوْ ضَرُورَةً، وَلِهَذَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الأَكْسَابِ دُونَ الأَوْلَادِ، وَالنَّاقِصُ يَكْفِي لِنُفُوذِ البَيْعِ دُونَ العِتْقِ كَمِلْكِ المُكَاتَبِ.

(**لثبوته مستندًا**) والثابت بالاستناد ثابت من وجه حكمًا لا حقيقة، فيكون ناقصًا يكفي نفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب، فإنه يجوز بيعه لا عتقه.

(**أو ضرورة**) يعني ثبت الملك للغاصب ضرورة، إذ الدليل يأبى ثبوت الملك له لكونه عدوانًا والملك نعمة، وإنما ثبت ضرورة القضاء بالضمان كما ذكرنا، والثابت ضرورة ثابت من وجه دون وجه.

(**ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد**) لأن الملك ثبت شرطًا للقضاء بالقيمة والولد غير مضمون عليه بالقيمة، وهو بعد الانفصال ليس بتبع لأمه، ولا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الكسب؛ لأنه بدل المنفعة؛ فيكون تبعًا محضًا، وثبوت الحكم في التبع بثبوته في المتبوع، سواء ثبت في المتبوع ضمنًا أو قصدًا، ولأن ملك الكسب أسرع نفوذًا من ملك الولد بدليل أن الغاصب إذا آجر المغصوب يملك الأجر، ولا يملك كسب الولد والملك.

(**الناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق**) فالمكاتب يملك البيع ولا يملك العتق، وإنما قيد بإعتاق الغاصب ثم تضمنيه احترازًا عن إعتاق المشتري من الغاصب، ثم تضمن الغاصب، فإن فيه روايتين: يصح قياسًا على المشتري شراء موقوفًا، [٢/ ٣٧٤/ ب] فإن إعتاقه يصح إذا أجاز المالك، فكذا هاهنا؛ لأن عتقه ينفذ بعد نفوذ سبب الملك، وهو الشراء.

وقياسًا على وقفه، فإنه لو وقفه ثم ضمن الغاصب يصح وقفه، بخلاف الغاصب إذا أعتق؛ لأن المستند له حكم الملك لا حقيقة الملك.

وفي رواية: يصح على قول أبي حنيفة، وأبي يوسف -رحمهما الله- خلافا لمحمد، وزفر.

أما لو أجاز المالك إعتاق المشتري من الغاصب، أو إعتاق الغاصب قبل أداء الضمان ينفذ الإعتاق بلا خلاف.

والفرق لأبي حنيفة، وأبي يوسف بين إعتاق المشتري من الغاصب مع التضمين، وبين إعتاق المشتري من الغاصب مع إجازة المالك أن المشتري هناك

قَالَ: (وَوَلَدُ المَغْصُوبَةِ وَنَمَاؤُهَا، وَثَمَرَةُ البُسْتَانِ المَغْصُوبِ: أَمَانَةٌ فِي يَدِ الغَاصِبِ، إِنْ هَلَكَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنْ يُتَعَدَّى فِيهَا، أَوْ يَطْلُبَهَا مَالِكُهَا فَيَمْنَعَهَا إِيَّاهُ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: زَوَائِدُ المَغْصُوبِ مَضْمُونَةٌ مُتَّصِلَةً كَانَتْ أَوْ مُنْفَصِلَةً، لِوُجُودِ الغَصْبِ، وَهُوَ إِثْبَاتُ اليَدِ عَلَى مَالِ الغَيْرِ بِغَيْرِ رِضَاهُ، كَمَا فِي الظَّبْيَةِ المُخْرَجَةِ مِن الحَرَمِ إِذَا وَلَدَتْ فِي يَدِهِ يَكُونُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ. وَلَنَا: أَنَّ الغَصْبَ إِثْبَاتُ اليَدِ عَلَى مَالِ

يملكه من جهة الغاصب، وملك الغاصب ناقص؛ لأنه مستند على ما بينا، فكيف يستند لمن ملكه من جهته؟ فلهذا لا ينفذ إعتاقه.

أما في الإجازة يستند الملك له إلى وقت العقد من جهة المجيز، والمجيز كان مالكًا حقيقةً؛ فيمكن إثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد فينفذ عتقه، كذا في المبسوط.

قوله: (**وولد المغصوبة ونماؤها**) كالسِّمَن والجَمال، سواء غصبها حاملًا أو ولدت عنده أو حبلت في يد الغاصب أمانة في يد الغاصب لا يضمنها إلا بالتعدي أو بالمنع بعد الطلب، وبقولنا قال مالك.

أما الكسب الحاصل باستغلال الغاصب ليس بنماء، وغير مضمون على الغاصب؛ لأنه بدل المنفعة، وهي غير مضمونة على الغاصب ويجيء.

وقال الشافعي: زوائد الغصب مضمونة، وبه قال أحمد متصلة كانت كالسِّمَن والجمال، أو منفصلة كالولد والثمر؛ لأنها حصلت من أصل مضمون عليه بالتعدي؛ فيكون مضمونه كولد ظبية مخرجة من الحرم، وهذا لأن ضمان الأصل باعتبار يد مبطلة عليه، وهذه اليد ثابت بعينها على الزيادة؛ لحدوثها في ملك اليد؛ فتصير مضمونة ضرورة.

والدليل عليه أن العرف في الجاهلية يقبضون ويتملكون، قال بعضهم: بالاستيلاء عليها، فنقل الشرع حكم الغصب من الملك إلى الضمان، فأما الغصب فعلى ما كانوا يعتقدون ويباشرون الاستيلاء سببًا، فعلم أن حده هذا لا قطع يد المالك، ولهذا يضمن غاصب الغاصب، وقد عدم قطع يد المالك؛ لأن يده انقطعت بالغصب الأول.

الْغَيْرِ عَلَى وَجْهٍ يُزِيلُ يَدَ الْمَالِكِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَيَدُ الْمَالِكِ مَا كَانَتْ ثَابِتَةً عَلَى هَذِهِ الزِّيَادَةِ حَتَّى يُزِيلَهَا الْغَاصِبُ، وَلَوْ اعْتُبِرَتْ ثَابِتَةً عَلَى الْوَلَدِ لَا يُزِيلُهَا، إِذْ الظَّاهِرُ عَدَمُ

قوله: (على ما ذكرنا) إشارة إلى ما ذكره في أول الغصب أنه في الشريعة أخذ مال محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده.

قوله: (لأن يد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة)، فإن قيل: إذا غصب حاملًا ينبغي أن يضمن ولدها؛ لأن الغصب ورد على الجارية بجميع أجزائها، والولد جزء منها؛ فيجب أن يكون الولد مضمونًا وليس كذلك، والرواية في الأسرار.

ولأنه إذا لم تزل يد المالك عن الولد ينبغي أن لا يضمنه بعد الطلب؛ لأنه لم يكن في يده حتى يزيله مع ذلك، ولأن غاصب الغاصب يضمن مع أنه لا يزيل يد المالك؛ لأنه زال بالغصب الأول، ولأن الملتقط إذا لم يشهد يضمن معه أنه لا يزيل يد المالك، ولأن المغرور يضمن الولد وإن لم يوجد منه إزالة يد المالك في حق الولد، ولأن المال قد يضمن بالتسبيب على طريق التعدي في حفر البئر على قارعة الطريق.

وإمساك الأم هاهنا سبب حصول الزيادة لا محالة، فإن أهل السوائم يمسكون السوائم للزيادة خصوصًا إذا غصبها حاملًا، فكان الإمساك بطريق التغلب سببًا لإتلاف ملك المالك فيضمن، ولا الأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد كالحرية، والأم هاهنا مضمونة؛ فيجب أن يحدث الولد على هذه الصفة.

قلنا: أما الجواب عن المسألة الأولى إنما لم يضمن ولدها لعدم تحقق الغصب في حقه؛ لأنه عبارة عن أخذ مال محترم متقوم بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك، والولد قبل الانفصال لا يعدّ مالًا متقومًا، ولهذا يعد عيبًا في الأم قبل الولادة، فلم يتحقق الغصب فيه كما لو حبلت في يد الغاصب وولدت.

وعن المسألة الثانية، والثالثة، والرابعة: أن المنع بعد الطلب أو الفعل الذي يقوم مقام المنع كترك الإشهاد في اللقطة بمنزلة الغصب حقيقة؛ لأن المالك ولاية استرداده في كل وقت، فإذا منعه كان مزيلًا ليده [٢/ ٣٧٥/أ]

الـمَنْعِ، حَتَّى لَوْ مَنَعَ الوَلَدَ بَعْدَ طَلَبِهِ يَضْمَنُهُ، وَكَذَا إِذَا تَعَدَّى فِيهِ كَمَا قَالَ فِي الكِتَابِ: وَذَلِكَ بِأَنْ أَتْلَفَهُ، أَوْ ذَبَحَهُ وَأَكَلَهُ، أَوْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ، وَفِي الظَّبْيَةِ المُخْرَجَةِ لَا يَضْمَنُ وَلَدَهَا إِذَا هَلَكَ قَبْلَ التَّمَكُّنِ مِن الإِرْسَالِ لِعَدَمِ المَنْعِ، وَإِنَّمَا يَضْمَنُهُ إِذَا هَلَكَ بَعْدَهُ لِوُجُودِ المَنْعِ بَعْدَ طَلَبِ صَاحِبِ الحَقِّ وَهُوَ الشَّرْعُ، عَلَى هَذَا أَكْثَرُ مَشَايِخِنَا.

وَلَوْ أَطْلَقَ الجَوَابَ، فَهُوَ ضَمَانُ جِنَايَةٍ، ....

تقديرًا، فوجد الغصب.

والجواب عن التسبيب كما في حافر البئر؛ لأن الإتلاف في البئر حقيقي، أما بمجرد الأيدي في المال لا يحصل التلف بل المال يحصل بالأيدي ويحفظ بها، فالضمان للمالك هاهنا على من أزال يده عن ماله بالإتلاف، ولم توجد إزالة اليد في حق الزيادة، فلا يضمن.

وأما الجواب عن فصل السراية فقلنا: الملك يسري؛ لأنه ثابت في رقبة الأم، فيكون صفة لها فيسري إلى الولد، أما الضمان عبارة عن لزوم الحق، واللزوم في ذمة الغاصب، وصفة له لا للمال، وإنما يوصف المال به مجازًا كما يقال: فلان مغصوب، والغصب صفة للغاصب، بخلاف الملك فإنه وصف للمحل حيث يوصف بأنه مملوك حقيقة، فلذلك تعدى دون كونه مضمونًا إليه أشار في الأسرار، ولكن فيه نوع تأمل.

قوله: (**أو باعه وسلمه**) وقيد بالتسليم؛ لأن بمجرد البيع لا يتحقق التعدي، بل بالبيع والتسليم، كما لو باع المودع الوديعة وسلمها ويحصل بها تفويت يد المالك؛ لأنه كان متمكنًا من أخذه من الغاصب، وقد زال ذلك بالبيع والتسليم، كذا في المبسوط.

قوله: (**ولو أطلق الجواب**) يعني لما قلنا بوجوب الضمان في ولد الظبية قبل التمكن من الإرسال وبعده.

قوله: (**فهو ضمان جناية**) [أي][1] الضمان في صيد الحرم ضمان إتلاف

---

(١) في الأصل (إلى)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَلِهَذَا يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِهَا، ....

معنى الصيدية به؛ لأنه بالحرم آمن صيدًا وذا في تنفره وبعده عن أيدينا، فإثبات اليد عليه يكون إتلافًا لمعنى الصيدية حكمًا، وقد تحقق ذلك في الولد بإثبات اليد عليه، فأما الأموال فمحفوظ بالأيدي، فإنما يجب الضمان فيها بتفويت الأيدي لا بإثبات اليد عليها، كذا في الأسرار.

(ولهذا يتكرر) أي: الجزاء بتكرر الجناية، ثُمَّ لو أدى ضمانه، ثُمَّ أرسله في الحرم، ثُمَّ أخرجه من الحرم يجب ضمان آخر، ويحتمل أن يكون معناه حتى يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجناية، التي هي الإخراج من الحرم، وهذا الوجه موافق لرواية المبسوط.

ولو كانت الزوائد متصلة كالسِّمَن والجَمال فهو أمانة أيضًا عندنا، ومالك، حتى لو هلكت الجارية بعد الزيادة ضمن قيمتها وقت الغصب، ولا يضمن الزيادة، وعند الشافعي، وأحمد يضمن كما في المتصلة.

وكذا لو زادت قيمته بتعلم الصناعة أو بالشعر ثم هلكت لم يضمن إلا قيمتها يوم الغصب عندنا، ومالك.

وعند الشافعي: يضمن قيمتها يوم الهلاك؛ لأن الزوائد عندهما مضمونة بغير المنع، وعند الضمان بالتعدي أو المنع ولم يوجد، أما لو باع الجارية بعدما ازدادت قيمتها بالزيادة المتصلة، أو زاد خيرًا في يد الغاصب وسلمه فإن كان قائمًا في يد المشتري أخذه صاحبه بالإجماع، وإن كان هالكًا فهو بالخيار إن شاء ضمن المشتري قيمة يوم الغصب، وإن شاء ضمن المشتري قيمة يوم القبض، ولا يضمن البائع قيمة الزيادة عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف، ومحمد: يضمن الزيادة بالبيع والتسليم، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

هذا رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله.

وفي ظاهر الرواية إن اختار تضمين البائع له ذلك إن شاء ضمنه قيمتها وقت البيع والتسليم، وبه قال مالك، وعند الشافعي، وأحمد: قيمتها يوم الهلاك.

وجه قولهما: أنه تَعَدَّى في الزيادة بالبيع والتسليم فيضمن كما لو قبلها بعد

وَيَجِبُ بِالإِعَانَةِ وَالإِشَارَةِ، فَلَأَنْ يَجِبَ بِمَا هُوَ فَوْقَهَا وَهُوَ إِثْبَاتُ اليَدِ عَلَى مُسْتَحِقِّ الأَمْنِ أَوْلَى وَأَحْرَى.

قَالَ: (وَمَا نَقَصَتْ الجَارِيَةُ بِالوِلَادَةِ فِي ضَمَانِ الغَاصِبِ، فَإِنْ كَانَ فِي قِيمَةِ الوَلَدِ وَفَاءٌ بِهِ: انْجَبَرَ النُّقْصَانُ بِالوَلَدِ، وَسَقَطَ ضَمَانُهُ عَنْ الغَاصِبِ).

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يَنْجَبِرُ النُّقْصَانُ بِالوَلَدِ؛ لِأَنَّ الوَلَدَ مِلْكُهُ، فَلَا يَصْلُحُ جَابِرًا لِمِلْكِهِ كَمَا فِي وَلَدِ الظَّبْيَةِ، وَكَمَا إِذَا هَلَكَ الوَلَدُ قَبْلَ الرَّدِّ أَوْ مَاتَت الأُمُّ

الزيادة، وكما في الزيادة المتصلة.

وجه قول أبي حنيفة: أن ضمان البيع والتسليم ضمان غصب، والغصب لا يتحقق في الزيادة، وإنما قلنا ضمان البيع والتسليم ضمان غصب؛ لأن ملك المالك في المغصوب باق بعد بيع الغاصب، ولا يمكن تضمين الزيادة مع الأصل؛ لأن ضمان الأصل ضمان واجب بالغصب، وذا لا يتصور إيجابه بالتسليم؛ لأن إثبات الثابت محال ولا يمكن تضمينها بدون الأصل؛ لأنها تبع للأصل فلا يفرد عن الأصل بضمان الغصب بخلاف القتل لأنه استهلاك لا غصب.

ألا ترى أن الحر لا يضمن بالبيع والتسليم، ويضمن بالإتلاف، وبخلاف الزيادة المنفصلة؛ لأن بالبيع والتسليم قصدًا يصير غاصبًا، ولهذا لا يدخل في البيع بدون الذكر؛ لأنه كان المالك متمكنًا من أخذه من الغاصب، وقد زال ذلك البيع والتسليم فصار غاصبًا كما في الوديعة [٢/ ٣٧٥/ب] بعد، كذا في المبسوط والإيضاح.

قوله: (وما نقصت الجارية في ضمان الغاصب) فقوله: **(في ضمان الغاصب)** خبر ما يتم به حكم المسألة، وبقولنا قال مالك، إذا حبلت بعد الغصب، أما لو غصب حاملًا نقصان الولادة ولا ينجبر بالولد، وعندنا ينجبر.

قوله: (وقال زفر والشافعي: لا ينجبر) وبه قال أحمد؛ لأن الفائت ملكه، والولد ملكه، وملكه لا يكون جابرًا لملكه، إذ الضمان يجبر ما فات عنه أو **(ماتت الأم)** أي: بسبب الولادة، هكذا نص في الأسرار والإيضاح.

وَبِالوَلَدِ وَفَاءٌ، وَصَارَ كَمَا إِذَا جَزَّ صُوفَ شَاةِ غَيْرِهِ، أَوْ قَطَعَ قَوَائِمَ شَجَرِ غَيْرِهِ، أَوْ خَصَى عَبْدَ غَيْرِهِ، أَوْ عَلَّمَهُ الحِرْفَةَ فَأَضْنَاهُ التَّعْلِيمُ.

وَلَنَا: أَنَّ سَبَبَ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ وَاحِدٌ، وَهُوَ الوِلَادَةُ أَوْ العُلُوقُ عَلَى مَا عُرِفَ، وَعِنْدَ ذَلِكَ لَا يُعَدُّ نُقْصَانًا فَلَا يُوجِبُ ضَمَانًا، وَصَارَ كَمَا إِذَا غَصَبَ جَارِيَةً سَمِينَةً فَهَزَلَتْ، ثُمَّ سَمِنَتْ أَوْ سَقَطَتْ ثَنِيَّتُهَا، ثُمَّ نَبَتَتْ أَوْ قُطِعَتْ يَدُ المَغْصُوبِ فِي يَدِهِ وَأَخَذَ أَرْشَهَا وَأَدَّاهُ مَعَ العَبْدِ يُحْتَسَبُ عَنْ نُقْصَانِ القَطْعِ، وَوَلَدُ الظَّبْيَةِ مَمْنُوعٌ،

(وبالولد وفاء) أي: بقيمته وفاء، وكما إذا جز صوف شاة أو قطع قوائم شجر غيره، يعني ثم نبت مكانها أخرى فإن بقيمتها لا ينجبر ما نقص بما نبت، أو خَصَى عبدَ غيره يعني فيه قطع جزء منه، وهو نقصان فيه، ولكن ازدادت فللمالك أن يضمنه نقصان الخصية، كما لو لم يردد قيمته أو علمه الحرفة فأضناه بسبب التعليم، فلا ينجبر ما أضناه بالتعليم بما ازدادت قيمته بسبب علم الحرفة.

(ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة) أي: عندهما والعلوق عند أبي حنيفة على ما يجيء، وهذا لأن الولادة أوجبت فوات جزء من مالية الأصل وحدوث مالية الولد، لأن الولد وإن كان موجودًا قبل الانفصال فلم يكن مالًا حتى لم يجز بيعه وهبته، وإنما صار مالًا مقصودًا بالانفصال، وإذا اتحد سببهما امتنع ظهور النقصان، فامتنع الضمان كالبيع، فإنه يزيل المبيع عن ملكه، ويدخل الثمن فلا يعد نقصانًا حتى لو شهدا عليه ببيع شيء بمثل قيمته ثم رجعا لم يضمن شيئًا.

فإن قيل: سلمنا أن الزيادة حصلت بالولادة ولا نسلم حصول النقصان بها بل بعلوق سابق؛ لأن حال الولادة حالة استراحة، وحال العلوق حالة مشقة فيضاف النقصان إلى المشقة.

قلنا: حالة الاستراحة بعد الولادة، أما حالة الولادة حالة خروج الولد، فحالة مشقة فيحصل به النقصان على أنا نقول: النقصان مضاف إلى العلوق، والزيادة مضافة إليه أيضًا؛ لأن به يحصل أصل الولد، ويصير مقصوده عند الولادة، كذا في طريقة مجد الأئمة.

قوله: (وولد الظبية ممنوع) يعني لا نسلم أنه لا ينجبر به بل ينجبر، وكذا

وَكَذَا إِذَا مَاتَتْ الأُمُّ. وَتَخْرِيجُ الثَّانِيَةِ: أَنَّ الوِلَادَةَ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِمَوْتِ الأُمِّ، إِذْ الوِلَادَةُ لَا تُفْضِي إِلَيْهِ غَالِبًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ الوَلَدُ قَبْلَ الرَّدِّ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن رَدِّ أَصْلِهِ لِلْبَرَاءَةِ، فَكَذَا لَا بُدَّ مِن رَدِّ خَلَفِهِ، وَالخِصَاءُ لَا يُعَدُّ زِيَادَةً؛ لِأَنَّهُ غَرَضُ بَعْضِ الفَسَقَةِ، وَلَا اتِّحَادَ فِي السَّبَبِ فِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ مِن المَسَائِلِ؛ لِأَنَّ سَبَبَ النُّقْصَانِ القَطْعُ وَالجَزُّ، وَسَبَبَ الزِّيَادَةِ النُّمُوُّ، وَسَبَبَ النُّقْصَانِ التَّعْلِيمُ، وَالزِّيَادَةُ سَبَبُهَا الفَهْمُ.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ جَارِيَةً فَزَنَى بِهَا فَحَبِلَتْ ثُمَّ رَدَّهَا، وَمَاتَتْ فِي نِفَاسِهَا: يَضْمَنُ قِيمَتَهَا يَوْمَ عَلِقَتْ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الحُرَّةِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ فِي الأَمَةِ أَيْضًا)(*) لَهُمَا: أَنَّ الرَّدَّ قَدْ صَحَّ، وَالهَلَاكُ بَعْدَهُ بِسَبَبٍ حَدَثَ فِي

لو ماتت الأم وبقيمة الولد وفاء ينجبر، فلا يرد نقصًا وإن لم يكن وفاء ينجبر، تقدر قيمة الولد ويضمن ما زاد ذلك من قيمة الأم.

قوله: (وتخريج الثانية) أي: الرواية فيما إذا ماتت الأم لا تنجبر بالولد، وهو ظاهر الرواية؛ لاختلاف السبب كما ذكر في المتن فلا يرد نقصًا؛ لأن كلامنا فيما إذا اتحد سببهما، وذلك لأنه لما ماتت من الولادة كانت موتًا من أصله، كالجرح إذا اتصل به زهوق الروح تبين أنه كان قتلًا لا جرحًا فمن حيث إن الولادة موت لا تكون موجبة للزيادة، فلا يتحد السبب.

قوله: (وكذا لا بد من رد خلفه) وهو الولد الذي خلف عن النقصان ولم يوجد.

قوله: (والخَصْي) والأَوْلَى: خِصاءٌ، على فِعالٍ، لأن مصدر خَصْي على فَعْل: قياس وإن لم يسمعه كذا في المُغْرِب.

وفيه الهُزال: خِلاف السِّمَن، وقد هُزِلَ، بضم الهاء، فهو مهزول، والجمع مَهازيل.

(وسببُ النقصانِ: التعليمُ)؛ لأن المشقة تحصل به **(وسبب الزيادة الفهم)**، ألا ترى أنه قد يشترك اثنان في التعلم والتعليم ويسبق أحدهما لحذاقته.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

يَدِ المَالِكِ وَهُوَ الوِلَادَةُ، فَلَا يَضْمَنُ الغَاصِبُ. كَمَا إِذَا حُمَّتْ فِي يَدِ الغَاصِبِ، ثُمَّ رَدَّهَا فَهَلَكَتْ، أَوْ زَنَتْ فِي يَدِهِ، ثُمَّ رَدَّهَا فَجُلِدَتْ فَهَلَكَتْ مِنْهُ، وَكَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً قَدْ حَبِلَتْ عِنْدَ البَائِعِ فَوَلَدَتْ عِنْدَ المُشْتَرِي وَمَاتَتْ فِي نِفَاسِهَا، لَا يَرْجِعُ عَلَى البَائِعِ بِالثَّمَنِ. وَلَهُ: أَنَّهُ غَصَبَهَا وَمَا انْعَقَدَ فِيهَا سَبَبُ التَّلَفِ وَرُدَّتْ وَفِيهَا ذَلِكَ فَلَمْ يُوجَدْ الرَّدُّ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي أَخَذَ فَلَمْ يَصِحَّ الرَّدُّ، ....

وقوله: (إن ملكه لا ينجبر بملكه) قلنا: نحن نسعى بمنع ظهور النقصان، فلا يحتاج إلى الجبر، إليه أشار في الأسرار، والمبسوط، والإيضاح.

قوله: (فزنى بها)(١) ثم وطئ المغصوبة يوجب الحد قبل الضمان بلا خلاف للأئمة، وبعد الضمان لا يوجب الحد عندنا وقد مر في حد الزنا.

قوله: (وقالا: لا ثمن(٢) **في الأمة)**(٣) إلا نقصان الحبل، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأن الرد قد صح مع الحبل، ولكنها معيبة بعيب الحبل، وذلك موجب ضمان النقصان، وهلاكها بعد الرد سبب حادث في يد المالك وهو الولادة، إذ الولادة إنما تفضي إلى الهلاك بسبب كبر الولد وضيق المحل، وبهذا يقل الهلاك في النساء بالولادة، فلا يكون الهلاك مضافًا إلى العلوق، والعلوق لا يفضي إلى الهلاك.

قوله: (أو زنت في يده) أي: في يد الغاصب [٢/ ٣٧٦/ أ] **(فجلدت فهلكت منه)** أي: من الجلدة، ففي هذه المسائل الثلاث يرجع بالنقصان عندهما.

قوله: (فلم يصح الرد) فلم يبرأ؛ لأن الرد إنما يصح إذا فسخ فعله الأخذ من جميع الوجوه، ولم يكن كذلك؛ لأنه أخذها(٤) فارغة عن الحبل، والرد وجد(٥) وهي حامل، قد انعقد سبب الهلاك في حقها، فكان الرد حين وجد مترددًا إن سلمت من الولادة ظهر أن الرد وقع صحيحًا، وإن اتصل به الهلاك ظهر أن الرد لم يصح، وكأنها هلكت عند الغاصب.

---

(١) انظر المتن ص ٦٢٤.
(٢) هكذا بالأصل، وفي النسختين الثانية والثالثة (يضمن).
(٣) انظر المتن ص ٦٢٤.
(٤) في الأصول: (أخذه).
(٥) في الأصول: (وجده).

وَصَارَ كَمَا إِذَا جَنَتْ فِي يَدِ الغَاصِبِ جِنَايَةً فَقُتِلَتْ بِهَا فِي يَدِ المَالِكِ، أَوْ دُفِعَتْ بِهَا بِأَنْ كَانَتْ الجِنَايَةُ خَطأً يُرْجَعُ عَلَى الغَاصِبِ بِكُلِّ القِيمَةِ. كَذَا هَذَا. بِخِلَافِ الحُرَّةِ؛ لِأَنَّهَا لَا تُضْمَنُ بِالغَصْبِ لِيَبْقَى ضَمَانُ الغَصْبِ بَعْدَ فَسَادِ الرَّدِّ. وَفِي فَصْلِ الشِّرَاءِ الوَاجِبُ ابْتِدَاءً التَّسْلِيمُ. مَا ذَكَرْنَاه شَرْطُ صِحَّةِ الرَّدِّ، وَالزِّنَا سَبَبٌ لِجَلْدٍ مُؤْلِمٍ لَا جَارِحٍ وَلَا مُتْلِفٍ، فَلَمْ يُوجَدْ السَّبَبُ فِي يَدِ الغَاصِبِ.

قوله: (بخلاف الحرة) بأن كانت مكرهة على الزنا لا يضمن بالغصب والأخذ، ولهذا لو هلكت عنده بدون الزنا لا يضمن بالإجماع، وفي فصل الشراء قيل: هو ممنوع، ولئن سلم فالواجب على البائع ابتداء تسليم المبيع إلى المشتري على الوجه الذي تناوله العقد، وهو أنه مال متقوم وقد وجد ذلك باعتبار ظاهر الحال، إذ الغالب في الولادة السلامة، فأما على الغاصب يجب فسخ فعله -وهو الغصب- بالرد كما قبضها ولم يوجد ذلك، ألا ترى أن البائع لو قطع يده ثم باعه وسلمه إلى المشتري فمات من ذلك في يده لم يرجع بجميع الثمن، بخلاف الغاصب إذا قطع يدها ثم ردها فمات من ذلك يلزمه جميع قيمته، كذا في المبسوط[1].

قوله: (وما ذكره شرط صحة الرد) أي: حاصل ما ذكرنا، وهو أن يردها كما غصبت سالمًا عن الحبل شرط صحة الرد، ولا تتحقق صحة الرد إلا بفسخ فعله.

وقوله: (والزنا سبب موجب) جواب عن قولهما، يعني أن الزنا سبب لحد مؤلم لا جارح ولا متلف، ولهذا [يختار][2] سوطًا لا ثمرة له، فلم يكن الهلاك مضافًا إلى السبب الذي كان عند الغاصب، بل كان بسبب حادث في يد المالك فلا يضمنه الغاصب.

وكذا الجواب عن مسألة الحمّى، فإن الهلاك لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحُمَّى المتوالية، وذلك لا يحصل بأول الحُمَّى الذي وجد في يد الغاصب وهي غير موجبة لما كان بعده.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/١٠٨).
(٢) بياض بالأصل مقدار كلمة، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَلَا يَضْمَنُ الغَاصِبُ مَنَافِعَ مَا غَصَبَهُ، إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ بِاسْتِعْمَالِهِ فَيَغْرَمَ النُّقْصَانَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُهَا، فَيَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ، وَلَا فَرْقَ فِي المَذْهَبَيْنِ بَيْنَ مَا إِذَا عَطَّلَهَا أَوْ سَكَنَهَا. وَقَالَ مَالِكٌ: إِنْ سَكَنَهَا يَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ، وَإِنْ عَطَّلَهَا لَا

أما الحمل فيوجب انفصال الولد، وذلك يوجب ألم الولادة فما يحدث به يكون مضافًا إلى السبب الأول، كذا في شرح الجامع.

وذكر التمرتاشي مسألة تحتاج المعرفة إليها، فقال: جامع امرأته فماتت منه أو أفضاها لم يضمن عندهما، وقال أبو يوسف رحمه الله يضمن؛ لأنه مأذون بالجماع على وجه لا يتلف كالرَمي إلى صيد، ولهما أن المجامع يعمل لها يقضي شهوتها ويؤكد حقها في المهر، فكان عمله كعملها بخلاف الرمي، ولو انكسرت فخذها أو يدها من الوطء أو ذهب عينها فأرش ذلك في ماله بالإجماع.

قوله: (ولا فرق في المذهبين بين ما إذا عطلها أو سكنها) فإن عند الشافعي: يضمن، وبه قال أحمد، وعندنا: لا يضمن، واختلف أصحاب مالك ونصروا أنها لا يضمن كقولنا في صورة الغصب، وكذا في صورة الإتلاف.

وعن ابن القاسم: يضمن علة الرباع والإبل والغنم، ولا يغرم غلة العبيد والدواب.

وقال بعضهم: إن سكنها يجب أجر المثل، وإن عطلها لا، ونصروا أنها لا تضمن على الإطلاق كقولنا.

للشافعي: أنها أموال متقومة، أما كونها (أموال) فإنها تصلح صداقًا، والمشروع هو الابتغاء بالمال، وألا ترى أن الإجارة من التجارة، وهي مبادلة مال بغير مال، والأعيان إنما كانت أموالًا باعتبار منافعها، فلأن تكون المنافع أموالًا بنفسها أولى.

وهي متقومة؛ لأن التقوم عبارة عن العزة، والمنافع عزيزة عند الناس، ولهذا يبذلون الأعيان لأجلها وتُقَوَّم فالأعيان بالعقد، فاستحال أن لا تكون متقومة بنفسها، ولا اعتياض المال عن المنفعة صحيح شرعًا، والاعتياض عما ليس بمتقوم لا يجوز كالخمر وحبة سمسم.

شَيْءَ عَلَيْهِ. لَهُ: أَنَّ المَنَافِعَ أَمْوَالٌ مُتَقَوَّمَةٌ حَتَّى تُضْمَنَ بِالعُقُودِ فَكَذَا بِالغُصُوبِ. وَلَنَا: أَنَّهَا حَصَلَتْ عَلَى مِلْكِ الغَاصِبِ لِحُدُوثِهَا فِي إِمْكَانِهِ إِذْ هِيَ لَمْ تَكُنْ حَادِثَةً فِي يَدِ المَالِكِ؛ لِأَنَّهَا أَعْرَاضٌ لَا تَبْقَى فَيَمْلِكُهَا دَفْعًا لِحَاجَتِهِ، وَالإِنْسَانُ لَا يَضْمَنُ مِلْكَهُ، كَيْفَ وَأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ غَصْبُهَا وَإِتْلَافُهَا؛ ....

ولنا قوله عليه السلام «**الخَراجُ بِالضَّمانِ**»(١) وضمانها على الغاصب، وما روي أن عمر وعليًّا حكما في ولد المغرور بالقيمة، وأوجبا على المغرور ردَّ الجارية مع عقرها، ولم يوجبا قيمة الخدمة مع علمهما أن المغرور كان يستخدمها، ومع طلب المدعي جميع حقه، ولو كان ذلك واجبًا لما حل لهما السكوت عن بيانه، وذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكرهما أحد من الصحابة، فصار ذلك إجماعًا سكوتيًّا.

ولأن المنافع حدثت على ملك الغاصب، فلا تكون مضمونة عليه، إذ الإنسان لا يضمن ملك نفسه، وهذا لأنها حدثت بفعله وكسبه وفي يده، والكسب للكاسب لقوله ﷺ: «**كُلُّ الناسِ أحقُّ [٢/ ٣٧٦/ ب] بكَسْبِهِ**»، وهذا بمعنى قوله: (**لحدوثها في إمكانه**) أي: في تصرفه وقدرته، ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك فلا يتصور غصبها وإتلافها، فلا يجب عليه ضمان الغصب والإتلاف؛ لأنها أعراض لا تبقى، وما لا يبقى لا يتصور غصبه وإتلافه، إذ إتلاف الشيء وغصبه إنما يرد في حال بقائه، وهذا معنى قوله (**كيف ولا يتحقق غصبها وإتلافها**) إلى آخره.

وفي المبسوط: إتلاف المنفعة لا يتصور إما أن يكون قبل وجودها أو مقارنًا للوجود، وبعد الوجود لا وجه للأول؛ لأنها معدومة، والمعدوم غير قابل الإتلاف، ولا وجه للثاني؛ لأنه إذا قارن الوجود يمنع الوجود، والإتلاف يرد على الموجود، ولا وجه للثالث؛ لأنها إذا وجدت فنيت، فكانت بعد الوجود زمان الفناء، وزمان الفناء زمان العدم، فلا يتصور الإتلاف.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٤ رقم ٣٥٠٨)، والترمذي (٢/ ٥٧٢ رقم ١٢٨٥)، وابن ماجه (٢/ ٧٥٤ رقم ٢٢٤٣)، والحاكم (٢/ ١٥ رقم ٢١٨٠) من حديث عائشة رضي الله عنها.
وصححه الترمذي، والحاكم.

لِأَنَّهُ لَا بَقَاءَ لَهَا، وَلِأَنَّهَا لَا تُمَاثِلُ الأَعْيَانَ لِسُرْعَةِ فَنَائِهَا وَبَقَاءِ الأَعْيَانِ، وَقَدْ عُرِفَتْ هَذِهِ المَآخِذُ فِي المُخْتَلِفِ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهَا مُتَقَوَّمَةٌ فِي ذَاتِهَا، بَلْ تُقَوَّمُ ضَرُورَةً عِنْدَ وُرُودِ العَقْدِ وَلَمْ يُوجَدْ العَقْدُ، إِلَّا أَنَّ مَا انْتُقِصَ بِاسْتِعْمَالِهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ لِاسْتِهْلَاكِهِ بَعْضَ أَجْزَاءِ العَيْنِ.

(ولأنها) أي: ولو سلمنا تصور غصبها وإتلافها فلا يمكن تضمينها، إذ المماثلة شرط في ضمان العدوان لقوله تعالى: ﴿فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [البقرة:١٩٤]، ولا مماثلة بين العين والعرض كما بين في الأصول وفي المختلف.

وقوله: (ولا نسلم أنها متقومة) جواب عن قول الشافعي، يعني لا نسلم أنها مالية، إذ مال الشيء إنما يثبت بالتمول، وهو صيانة الشيء للحاجة، وذا لا يتصور فيها، ولا تكون متقومة في ذاتها أيضًا؛ لأن التقويم لا يسبق الوجود والإحراز، وذا لا يتصور فيما لا يبقى زمانين، وإنما يثبت حكم التقويم لها شرعًا عند ورود العقد عليها باعتبار إقامة العين مقام المنفعة للضرورة والحاجة، وبطلت المقايسة؛ لأن للرضا أثرًا في إيجاب الأصول في الفصول جميعًا، فالمال يجب بالشرط مقابلًا(١) بغير مال، ولهذا يجوز بيع عبد قيمته ألف بألوف، وشيء من ذلك لا يثبت بالعدوان، وكل قياس لا يقوم إلا بوصف(٢) يقع الفرق بين الفرع [والأصل](٣) فهو باطل.

قوله: إلا بما انتقص باستعماله مضمون عليه، وقيد باستعماله بحسب الغالب، لكن الحكم ثابت فيما إذا انتقص بدون استعماله؛ لفوات جزء العين في يد الغاصب.

قال مشايخنا: هذا إذا لم يكن معدًّا للاستغلال، فإن كان معدًّا له يضمن المنافع بالغصب والإتلاف.

وفي فتاوى الكبرى: منافع عقار الموقوفة مضمونة سواء كان معدًّا

---

(١) في الأصل بياض مقدار كلمة، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) كذا بالأصل، وفي النسخة الثانية: (بفصل).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَصْلٌ: فِي غَصْبِ مَا لَا يَتَقَوَّمُ

قَالَ: (وَإِذَا أَتْلَفَ الْمُسْلِمُ خَمْرَ الذِّمِّيِّ، أَوْ خِنْزِيرَهُ: ضَمِنَ قِيمَتَهُمَا، فَإِنْ أَتْلَفَهُمَا لِمُسْلِمٍ: لَمْ يَضْمَنْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَضْمَنُهَا لِلذِّمِّيِّ أَيْضًا، ....

للاستغلال أو لا نظرًا للوقف.

وفي المجتبى: وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المسبلات، والأوقاف، وأموال اليتامى، ويوجبون أجر منافعها على العصبية، ثم في مسألة فتح رأس التنور المسجور إنما يضمن قيمة الحطب مع أن غصب المنافع وإتلافها غير متصور؛ لما أنه أتلف ما هو المقصود من تسجير التنور، فصار هذا بمنزلة استهلاك العين، فلذلك ضمن الحطب.

وأما قوله: إنها تصلح صداقًا: قلنا: لا نسلم أنها تصلح مهرًا، ولهذا لو تزوج حر امرأة على خدمته سنة، أو على تعليم القرآن لا يصح عندنا، أما لو تزوجها على خدمة عبد سنة يجوز؛ لأن منفعة العبد وخدمته بأمر المولى تتضمن تسليم الرقبة، ورقبته مال.

وأما إجارة العبد المأذون، والشريك، والوصي، والأب باعتبار أن التفاوت الذي بين الجوهر والعرض لا يعدُّ عينًا في الأسواق، وهذا لأن ضمان العقود في الأصل بني على التراضي لا التساوي، بل الأرباح إنما تحصل عند التفاوت، والشرط في الوصي وغيره أن يتجر بما يتعارف عينًا في الأسواق لا المماثلة من كل وجه، أما ضمان العدوان فمبني على المماثلة في أصله، ولم يوجد هذا الوصف يقينًا، فلم يكن من موجب الغصب، إليه أشار في الأسرار.

فَصْلٌ فِي غَصْبِ مَا لَا يُتَقَوَّمُ

لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم إذ هو الأصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم.

قوله: (وقال الشافعي لم يضمنها لذمي أيضًا) أي: في جميع الصور، وبه قال أحمد، إنما ينهى عن تعرض خمر الذمي بالإجماع، ويجب ردها، وفي الغصب بالإجماع إذا كانت لذمي، ويجب إراقتها في المسلم، وعلى هذا الخلاف إذا أتلف ذمي خمر ذمي أو خنزيره، وبقولنا قال مالك، المسألة على

وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ، إِذَا أَتْلَفَهُمَا ذِمِّيٌّ عَلَى ذِمِّيٍّ، أَوْ بَاعَهُمَا الذِّمِّيُّ مِن الذِّمِّيِّ. لَهُ: أَنَّهُ سَقَطَ تَقَوُّمُهُمَا فِي حَقِّ المُسْلِمِ فَكَذَا فِي حَقِّ الذِّمِّيِّ؛ لِأَنَّهُمْ أَتْبَاعٌ لَنَا فِي

أربعة أوجه:

أحدها: إتلاف المسلم خمر المسلم.

والثاني: إتلاف الذمي خمر المسلم، ففي الصورتين لا ضمان بالإجماع.

والثالث: إتلاف المسلم خمر الذمي.

والرابع: إتلاف [٢/ ٣٧٧/ أ] الذمي خمر الذمي، ففي الصورتين يجب الضمان عندنا، ومالك.

وعند الشافعي، وأحمد: لا يضمن، وعلى هذا لو باع ذمي الخمر من ذمي يجوز عندنا، خلافًا للشافعي لسقوط تقومها في حق المسلم.

(لأنهم) أي: أهل الذمة، أتباع لنا في الأحكام، قال ﷺ «**فإذا قَبِلوا عَقْدَ الذِّمَّةِ فأعلَمَهُم أنّ لَهُم مَا للْمُسْلِمين، وعَلَيهِم ما عَلَى المُسلِمين**»[1]، فبين أن كل حكم يثبت في حق الذمي، ولأن عقد الذمة خلف على الإسلام فكل حكم ثبت بالإسلام يثبت بعقد الذمة، فإذا سقط تقومها في حقهم أيضًا سقط الضمان، ولا يصلح بيعها، وصار كما لو باع مسلم من مسلم خمرًا وصارت كالميتة والدم والعبد المرتد للذمي، إذ اعتقاده لا يكون حجة على المتلف.

ولنا: أن التقوم باقٍ في حقهم بدليل أن عمر أمر ببيعها لعماله، وأخذ العشرين ثمنها حين سألوه ماذا نصنع بما يمر به أهل الذمة من الخمور، فقالوا بعشرها، فقال عمر: لا، ولكن ولُّوهم بيعها وخذوا العشر من ثمنها، فقد جعلها مالًا متقوَّمًا في حقهم حتى جوز بيعها، وأخذ العشر من ثمنها.

ولأنه قال عليه السلام: «**اترُكوهُمْ ومَا يَدينُون**»، والخمر كانت متقومة في شريعة من كان قبلنا وفي صدر شريعتنا، والمزيل -وهو قوله تعالى: ﴿رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠]- وجد في حقنا بدليل السباق والسياق، فبقي في

---

(١) قال الزيلعي: لم أعرف الحديث الذي أشار إليه المصنف. نصب الراية (٤/ ٥٥)، وقال ابن حجر: لم أجده هكذا. الدراية (٢/ ١٦٢).

الأَحْكَامِ، فَلَا يَجِبُ بِإِتْلَافِهِمَا مَالٌ مُتَقَوِّمٌ وَهُوَ الضَّمَانُ. وَلَنَا: أَنَّ التَّقْوِيمَ بَاقٍ فِي حَقِّهِمْ، إِذْ الخَمْرُ لَهُمْ كَالخَلِّ لَنَا وَالخِنْزِيرُ لَهُمْ كَالشَّاةِ لَنَا.

وَنَحْنُ أُمِرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ، وَالسَّيْفُ مَوْضُوعٌ فَيَتَعَذَّرُ الإِلْزَامُ، وَإِذَا

حق من لم يدخل تحت الخطاب على ما كان من قبل.

قوله: (والسيف موضوع فتعذر الإلزام) لانقطاع ولاية المحاجة أو الإلزام بالسيف لمكان عقد الذمة، قال عليه السلام: «**اتركوهُمْ ومَا يَدينُون**»، والسيف موضوع بعقد الذمة؛ لأنه خلف الإسلام، والخطاب عندنا نازل في حقهم كما بينا، فبقي الحكم على ما كان بخلاف الميتة والدم؛ لأن أحدًا من أهل دين سماوي لا يتمولها.

وفي المبسوط[1]: تَرْكُنا إياهم وما يدينون ليس لتوسعة الأمر عليهم بل فيه استدراج، وتركهم على الجهل، وتمهيد لعقوبة الآخرة، والخلود في النار، وتحقيق لقوله ﷺ: «**الدُّنيا سِجْنُ المُؤمِنِ وجَنَّةُ الكافِرِ**»[2].

وقيل: المراد من الميتة الذي مات حتف أنفه، أما الذي خنقوه أو ضربوه حتى مات كما يفعله المجوس، فعند أبي يوسف يضمنها المسلم بالغصب والإتلاف.

وقال محمد: لا يضمنها كالميتة؛ لأنها ليست [بمال][3] في اعتقاد أهل الذمة، وقد أُمِرْنا [أن نبني][4] أحكام المجوس على أحكام أهل الكتاب؛ لقوله ﷺ: «**سنّوا بالمَجوسِ سُنَّةَ أهلِ الكِتابِ**».

وفي المبسوط: هذا ضعيف؛ فإن في حكم الأنكحة اعتبرنا اعتقاد المجوس من غير أن نبني ذلك على اعتقاد أهل الكتاب حتى جوزنا نكاح محارمهم، ولا يقال إذا مات المجوسي عن امرأتين وإحداهما منكوحته فإنها لا ترث بالزوجية، وقد اعتقدوا أن هذا النكاح صحيح؛ لأنا نقول: لا يلزم من

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/١٠٣).
(٢) أخرجه مسلم (٤/ ٢٢٧٢ رقم ٢٩٥٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

بَقِيَ التَّقَوُّمُ فَقَدْ وُجِدَ إِتْلَافُ مَالٍ مَمْلُوكٍ مُتَقَوِّمٍ فَيَضْمَنُهُ. بِخِلَافِ المَيْتَةِ وَالدَّمِ؛ لِأَنَّ أَحَدًا مِن أَهْلِ الأَدْيَانِ لَا يَدِينُ تَمَوُّلَهُمَا، إِلَّا أَنَّهُ تَجِبُ قِيمَةُ الخَمْرِ وَإِنْ كَانَ مِن ذَوَاتِ الأَمْثَالِ؛ لِأَنَّ المُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَمْلِيكِهِ لِكَوْنِهِ إِعْزَازًا لَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَرَتْ المُبَايَعَةُ بَيْنَ الذِّمِّيِّينَ؛ لِأَنَّ الذِّمِّيَّ غَيْرُ مَمْنُوعٍ عَنْ تَمْلِيكِ الخَمْرِ وَتَمَلُّكِهَا.

وَهَذَا بِخِلَافِ الرِّبَا؛ ....

صحة النكاح التوارث، فإنه ممتنع بالرق واختلاف الدين مع صحة النكاح، مع أن أهل الذمة لا يتوارثون بأنكحة المحارم، فلذلك لم يرث بينه[1] بالزوجية.

قوله: (لكونه) أي: لكون التمليك (إعزازًا له) أي: للخمر فتجب قيمته.

فإن قيل: ما الفرق بين ما إذا أتلف مسلم خمر ذمي حيث تجب قيمته وبين ما إذا أتلف ذمي خمر ذمي ثم أسلم حيث لا يجب عليه شيء لا القيمة ولا الخمر عند أبي يوسف، وهو رواية عن أبي حنيفة، والرواية في المبسوط، وإسلام المقارن لا يمنع وجوب القيمة فالطارئ أولى؟

قلنا: الفرق أنه حين أتلفه لم يكن إتلافه سببًا لوجوب القيمة، ولم يوجد بعد ذلك سبب الوجوب، وعند محمد [وهو رواية عن][2] أبي حنيفة: عليه قيمة الخمر؛ لأنه لا يمكن إيجاب الخمر؛ لأنه مسلم، ولا يمكن إبراؤه عن الضمان؛ لأن المتلف عليه ذمي، والخمر في حقه مال متقوم، وقد أمكن إيجاب القيمة فتجب.

أما في الخنزير يبقى الضمان بإسلامهما أو إسلام أحدهما بالاتفاق؛ لأن الواجب هو القيمة والإسلام لا ينافيها.

قوله: (وهذا) أي: عدم التعرض في مبايعتهم (بخلاف الربا) فإنه يتعرض لهم في إبطال عقود الربا حتى لو باعا درهما بدرهمين يسترد الدرهم الزائد؛ لأنا لم نضمن له ترك التعرض في ذلك قال ﷺ: «**إلّا مَن أَرْبَى فَلَيْسَ بَيْنَنا وبينَهُ عَهْدٌ**»، وهذا لأن ذلك فسق منهم في الاعتقاد لا ديانة، فقد ثبت بالنص حرمة

---

(١) كذا في الأصول، ولعل صوابها (منه).

(٢) بياض بالأصل مقدار ثلاث كلمات، والمثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّهُ مُسْتَثْنًى عَنْ عُقُودِهِمْ، وَبِخِلَافِ العَبْدِ المُرْتَدِّ يَكُونُ لِلذِّمِّيِّ؛ لِأَنَّا مَا ضَمِنَّا لَهُمْ تَرْكَ التَّعَرُّضِ لَهُ لِمَا فِيهِ مِن الِاسْتِخْفَافِ بِالدِّينِ، وَبِخِلَافِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا إِذَا كَانَ لِمَنْ يُبِيحُهُ؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ المُحَاجَّةِ ثَابِتَةٌ.

قَالَ: (فَإِنْ غَصَبَ مِن مُسْلِمٍ خَمْرًا فَخَلَّلَهَا، أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَغَهُ: فَلِصَاحِبِ الخَمْرِ أَنْ يَأْخُذَ الخَلَّ بِغَيْرِ شَيْءٍ، وَيَأْخُذَ جِلْدَ المَيْتَةِ وَيَرُدَّ عَلَيْهِ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ)،

الربا في اعتقادهم قال تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ﴾ [النساء: ١٦١].

قوله: (وبخلاف العبد المرتد) معطوف على قوله: (وبخلاف الربا) وكلاهما متعلقان [٢/ ٣٧٧/ ب] بقوله: **(لأن الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر)**(١) لأنا أمرنا بتركهم وما يدينون؛ فأورد استحلالهم الربا، فأجاب عنه ثم أورد عليه العبد المرتد للذمي، فإن المسلم إذا [أتلفه](٢) لا يضمن، وإن كان الذمي يعتقد أن العبد المرتد مال متقوم، ولذلك لم يعتبر اعتقاده في إيجاب الضمان، وهو المقيس عليه للشافعي، فأجاب عنه بقوله: **(لأنا ما ضمنا)** إلى آخره.

فإن قيل: يشكل على هذا التعليل ما لو أتلف صليبَ نصراني حيث يضمن قيمته، مع أن في ترك التعرض في حقيقة عبادة الصليب على اعتقادهم استخفاف بالدين.

قلنا: إن النصراني مقرٌّ على ذلك بخلاف الارتداد، كذا في الإيضاح.

قوله: (وبخلاف متروك التسمية) أي: عامدا حيث لا يجب الضمان بإتلافه، مع أن الشافعي ومن تابعه قال: إنه قال: متقوم، ولم يعتبر اعتقاده بالاجتهاد، واعتبرنا اعتقاد أهل الكتاب.

فأجاب بقوله: **(لأن ولاية المحاجة باقية)**(٣) معهم، إذ ثبت لنا بالنص أن متروك التسمية حرام ليس بمال، فلهذا لم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان.

---

(١) انظر المتن ص ٦٣٣.
(٢) بياض بالأصل مقدار كلمة، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) تقدم في المتن ثابتة.

وَالمُرَادُ بِالفَصْلِ الأَوَّلِ: إِذَا خَلَّلَهَا بِالنَّقْلِ مِن الشَّمْسِ إِلَى الظِّلِّ وَمِنهُ إِلَى الشَّمْسِ، وَبِالفَصْلِ الثَّانِي: إِذَا دَبَغَهُ بِمَا لَهُ قِيمَةٌ كَالقَرَظِ وَالعَفْصِ وَنَحْوِ ذَلِكَ. وَالفَرْقُ: أَنَّ هَذَا التَّخْلِيلَ تَطْهِيرٌ لَهُ، بِمَنْزِلَةِ غَسْلِ الثَّوْبِ النَّجِسِ فَيَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ إِذْ لَا تَثْبُتُ المَالِيَّةُ بِهِ وَبِهَذَا الدِّبَاغِ اتَّصَلَ بِالجِلْدِ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ لِلْغَاصِبِ كَالصَّبْغِ فِي الثَّوْبِ فَكَانَ بِمَنْزِلَتِهِ، فَلِهَذَا يَأْخُذُ الخَلَّ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَيَأْخُذُ الجِلْدَ وَيُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ. وَبَيَانُهُ: أَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَى قِيمَتِهِ ذَكِيًّا غَيْرَ مَدْبُوغٍ، وَإِلَى قِيمَتِهِ مَدْبُوغًا فَيَضْمَنُ فَضْلَ مَا بَيْنَهُمَا، وَلِلْغَاصِبِ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ كَحَقِّ الحَبْسِ فِي البَيْعِ. قَالَ: (وَإِنْ اسْتَهْلَكَهُمَا: ضَمِنَ الخَلَّ وَلَمْ يَضْمَنْ الجِلْدَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَضْمَنُ الجِلْدَ مَدْبُوغًا، ....

قوله: (**والمراد بالفصل الأول إذا خللها**) إلى آخره، وعند الشافعي، وأحمد: لا يصير الخمر طاهرًا بالتخليل؛ فلا يجب ردها، بل يجب إراقتها كما قبل التخليل، أما لو خللت بنفسها يجب ردها بالإجماع، ويضمن متلفها بالإجماع، وفي جلد الميتة لو دبغه يلزم رده عند الشافعي في الأصح، وأحمد، وفي قول: لا يلزمه رده، وبه قال أحمد في وجه؛ لأنه صار مالًا متقومًا[(١)].

(**القَرَظ**) بفتحتين: وَرَق السَّلَم يدبغ به، ومنه أديم مقروظ وبالفارسية: (بُزغنج)، والعَفص: (مازد).

وقوله: (**ويعطي**) على بناء الفاعل، أي: يأخذ المالك الجلد ويعطي ما زاد الدباغ.

وفي الذخيرة: قال القدوري: هذا إذا أخذ الجلد من منزل المالك، فأما إذا ألقى الميتة على الطريق فأخذها رجل ودبغ جلدها، فليس للمالك أن يأخذ الجلد.

وعن أبي يوسف: له أن يأخذه في هذه الصورة أيضًا.

(**وإن استهلكهما**) أي: الغاصب الخل والجلد المدبوغ.

(**وقالا: يضمن الجلد مدبوغًا،**) وبه قالت الأئمة الثلاثة في قول.

---

(١) في الأصل: (متفرقًا)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَيُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ)[*] وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ لَا يَضْمَنُهُ بِالإِجْمَاعِ.

أَمَّا الخَلُّ؛ فَلِأَنَّهُ لَمَّا بَقِيَ عَلَى مِلْكِ مَالِكِهِ وَهُوَ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ ضَمِنَهُ بِالإِتْلَافِ، يَجِبُ مِثْلُهُ؛ لِأَنَّ الخَلَّ مِن ذَوَاتِ الأَمْثَالِ. وَأَمَّا الجِلْدُ فَلَهُمَا أَنَّهُ بَاقٍ عَلَى مِلْكِ المَالِكِ حَتَّى كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ، وَهُوَ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ فَيَضْمَنُهُ مَدْبُوغًا بِالِاسْتِهْلَاكِ، وَيُعْطِيهِ المَالِكُ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ كَمَا إِذَا غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ، ثُمَّ اسْتَهْلَكَهُ وَيَضْمَنُهُ وَيُعْطِيه المَالِكُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ، وَلِأَنَّهُ وَاجِبُ الرَّدِّ، فَإِذَا فَوَّتَهُ عَلَيْهِ خَلَّفَهُ قِيمَتَهُ كَمَا فِي المُسْتَعَارِ. وَبِهَذَا فَارَقَ الهَلَاكُ بِنَفْسِهِ.

وَقَوْلُهُمَا: يُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ مَحْمُولٌ عَلَى اخْتِلَافِ الجِنْسِ. أَمَّا عِنْدَ اتِّحَادِهِ ....

وقوله: (ويُعطى) على بناء المفعول، أي: يعطى الذي دبغه ثم استهلكه، هذا محمول على اختلاف جنس ما ضمن، وما أعطى على ما ذكر في الكتاب.

(ولو هلك) أي: كل واحد من الخل والجلد المدبوغ لا يضمن بالإجماع.

وعند الأئمة الثلاثة: لو تخللت الخمر بنفسه وهلكت في يد الغاصب يضمن، أما إذا تخلل بفعل الغاصب لا يضمنه، وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده لا يضمن، وفي قول وجب رده يضمن.

قوله: (وبهذا فارق الهلاك عن نفسه) حيث لا يضمن؛ لأنه لم يفوت شيئًا فلا يضمن كما في المستعار حيث يضمنه بالاستهلاك دون الهلاك، وكذا لو دبغه بشيء لا قيمة له بالاستهلاك دون الهلاك[1].

قوله: (محمول على اختلاف الجنس) بأن قضى لأحدهما بالدراهم وللآخر بالدنانير، إذ القاضي إنما يقضي [بما][2] يشترى به في الأسواق ويباع.

(أما عند اتحاده) بأن قوّمها بالدراهم أو الدنانير، فحينئذٍ يطرح ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي؛ لأنه لا فائدة في الأخذ منه ثم الرد عليه.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) وقع تكرار بالأصل في هذا الموضع.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَيَطْرَحُ عَنْهُ ذَلِكَ القَدْرَ وَيُؤْخَذُ مِنهُ البَاقِي لِعَدَمِ الفَائِدَةِ فِي الأَخْذِ مِنهُ ثُمَّ فِي الرَّدِّ عَلَيْهِ.

وَلَهُ: أَنَّ التَّقَوُّمَ حَصَلَ بِصُنْعِ الغَاصِبِ، وَصَنْعَتُهُ مُتَقَوِّمَةٌ لِاسْتِعْمَالِهِ مَالًا مُتَقَوِّمًا فِيهِ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ فَكَانَ حَقًّا لَهُ، وَالجِلْدُ تَبَعٌ لَهُ فِي حَقِّ التَّقَوُّمِ، ثُمَّ الأَصْلُ وَهُوَ الصَّنْعَةُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ فَكَذَا التَّابِعُ، كَمَا إِذَا هَلَكَ مِن غَيْرِ صَنْعَةٍ، بِخِلَافِ وُجُوبِ الرَّدِّ حَالَ قِيَامِهِ؛ لِأَنَّهُ يَتْبَعُ المِلْكَ، وَالجِلْدُ غَيْرُ تَابِعٍ لِلصَّنْعَةِ فِي حَقِّ المِلْكِ لِثُبُوتِهِ قَبْلَهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَقَوِّمًا، بِخِلَافِ الذَّكِيِّ وَالثَّوْبِ؛ لِأَنَّ التَّقَوُّمَ فِيهِمَا كَانَ ثَابِتًا قَبْلَ الدَّبْغِ وَالصَّبْغِ، فَلَمْ يَكُنْ تَابِعًا لِلصَّنْعَةِ، وَلَوْ كَانَ قَائِمًا فَأَرَادَ المَالِكُ أَنْ يَتْرُكَهُ عَلَى الغَاصِبِ فِي هَذَا الوَجْهِ وَيُضَمِّنَهُ قِيمَتَهُ، قِيلَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الجِلْدَ لَا قِيمَةَ لَهُ، بِخِلَافِ صَبْغِ الثَّوْبِ؛ لِأَنَّ لَهُ قِيمَةً.

وَقِيلَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا: لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَرَكَهُ عَلَيْهِ وَضَمَّنَهُ عَجَزَ الغَاصِبُ عَنْ رَدِّهِ فَصَارَ كَالِاسْتِهْلَاكِ، وَهُوَ عَلَى هَذَا الخِلَافِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

(وله) أي: لأبي حنيفة **(التقوم حصل)** أي: تقوم الجلد حصل بفعل الغاصب، فيكون تابعًا لما زاد الدباغ فيه؛ لظهور ماليته به فلا يضمنه بالاستهلاك كما لا يضمن الأصل، وهو ما زاد الدباغ فيه، ولهذا لا يضمن الجلد بدون هذا الوصف.

(وبخلاف وجوب الرد حال قيامه) أي: الجلد **(لأنه)** أي: الرد **(يتبع الملك)** أي: تابع للملك والجلد في حكم الملك غير تابع للصنعة لثبوت الملك قبل الصنعة.

قوله: (في هذا الوجه) أي: الذي دبغه بشيء متقوم.

(قيل: ليس له ذلك) أي: مطلقًا بلا خلاف؛ لأن الجلد لا قيمة له، فلا يمكن تضمينه؛ لأن التضمين للمتقوم بخلاف صبغ الثوب؛ لأن له قيمة فكان له تركه عليه وأخذ القيمة.

وقوله: (على هذا الخلاف على ما بيناه) آنفا.

ثُمَّ قِيلَ: يُضَمِّنُهُ قِيمَةَ جِلْدٍ مَدْبُوغٍ، وَيُعْطِيهِ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ كَمَا فِي الِاسْتِهْلَاكِ. وَقِيلَ: يُضَمِّنُهُ قِيمَةَ جِلْدٍ ذَكِيٍّ غَيْرِ مَدْبُوغٍ، وَلَوْ دَبَغَهُ بِمَا لَا قِيمَةَ لَهُ كَالتُّرَابِ وَالشَّمْسِ فَهُوَ لِمَالِكِهِ بِلَا شَيْءٍ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ غَسْلِ الثَّوْبِ. وَلَوْ اسْتَهْلَكَهُ الغَاصِبُ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ مَدْبُوغًا.

وَقِيلَ: طَاهِرًا غَيْرَ مَدْبُوغٍ؛ لِأَنَّ وَصْفَ الدِّبَاغَةِ هُوَ الَّذِي حَصَّلَهُ فَلَا يَضْمَنُهُ.

([ثم][1] قيل: يضمنه قيمة جلد غير مدبوغ) أي: على قولهما كما في الاستهلاك، أعني الذي دبغه بشيء له قيمة.

(وقيل: قيمة جلد ذكي) أي: طاهر (غير مدبوغ) لأن صفة الدباغ حصلت [٢/٣٧٨/أ] بفعله فلا يوجب الضمان عليه [لكن من ضرورته][2] زوال صفة النجاسة، وذلك [غير][3] حاصل بفعله بل يتميز الجلد من الدسومات النجسة.

قوله: (ولو استهلكه) أي: الجلد الذي دبغه بشيء لا قيمة له **(يضمن قيمته مدبوغًا)** أي: بالإجماع، نص في الذخيرة: لأنه صار مالًا على ملك صاحبه، ولا حَقَّ للغاصب فيه، فكانت المالية والتقوم جميعًا حقًّا للمالك فيضمن بالاستهلاك.

قوله: (لأن وصف الدباغة هو الذي حصله) فلا يوجب الضمان عليه، لكن من ضرورة صفة النجاسة، وذلك غير حاصل بفعله بل يتميز الجلد من الدسومات النجسة.

وجه الأول: وهو أن يضمنه قيمته مدبوغًا، قال القدوري: لو أن الغاصب جعل هذا الجلد أديمًا أو زِقًّا أو دفترًا أو جرابًا أو فروًا لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل؛ لأنه تبدل الاسم والمعنى بصنع الغاصب، فكان هو أولى، فإن كان الجلد ذكيًّا فعليه قيمته يوم الغصب، وإن كان ميتة فلا شيء له، كذا في الإيضاح، والذخيرة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) بياض بالأصل مقدار كلمات، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) بياض بالأصل مقدار كلمة، والمثبت من النسخة الثانية.

وَجْهُ الأَوَّلِ، وَعَلَيْهِ الأَكْثَرُونَ: أَنَّ صِفَةَ الدِّبَاغَةِ تَابِعَةٌ لِلْجِلْدِ فَلَا تُفْرَدُ عَنْهُ، وَإِذَا صَارَ الأَصْلُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ فَكَذَا صِفَتُهُ، وَلَوْ خَلَّلَ الخَمْرَ بِإِلْقَاءِ المِلْحِ فِيهِ قَالُوا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: صَارَ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ وَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِ.

وَعِنْدَهُمَا: أَخَذَهُ المَالِكُ وَأَعْطَى مَا زَادَ المِلْحُ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ دَبْغِ الجِلْدِ، وَمَعْنَاهُ هَاهُنَا: أَنْ يُعْطِيَ مِثْلَ وَزْنِ المِلْحِ مِن الخَلِّ، وَإِنْ أَرَادَ المَالِكُ تَرْكَهُ عَلَيْهِ وَتَضْمِينَهُ فَهُوَ عَلَى مَا قِيلَ. وَقِيلَ: فِي دَبْغِ الجِلْدِ وَلَوْ اسْتَهْلَكَهَا لَا يَضْمَنُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا كَمَا فِي دَبْغِ الجِلْدِ، وَلَوْ خَلَّلَهَا بِإِلْقَاءِ الخَلِّ فِيهِمَا، فَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ إِنْ صَارَ خَلًّا مِن سَاعَتِهِ يَصِيرُ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ لَهُ وَهُوَ غَيْرُ مُتَقَوَّمٍ، وَإِنْ لَمْ تَصِرْ خَلًّا إِلَّا بَعْدَ زَمَانٍ بِأَنْ كَانَ المُلْقَى فِيهِ خَلًّا قَلِيلًا فَهُوَ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ كِلَيْهِمَا؛ لِأَنَّ خَلْطَ الخَلِّ بِالخَلِّ فِي التَّقْدِيرِ، وَهُوَ عَلَى أَصْلِهِ لَيْسَ

قوله: (قالوا) أي: أكثر المشايخ: الخل للغاصب على قول أبي حنيفة؛ لأنه استهلاك إلا أن الخمر لم تكن متقومة، والملح كان متقومًا؛ فترجح جانب الغاصب، فيكون له بغير شيء.

وقال بعض المشايخ: هذا والأول سواء؛ إذ الملح صار مستهلكًا فيه فلا يعتبر.

قوله: (**على ما قيل، وقيل في الجلد**) أي: على القولين المذكورين في دبغ الجلد، وينبغي أن يقرأ بالوصل حتى يستفاد منه ذلك المعنى، ولو خللها بإلقاء الخل اختلف المشايخ فيه أيضًا.

قال بعضهم على قول أبي حنيفة: يكون للغاصب بغير شيء سواء صار خلًّا من ساعته أو بمرور الأيام؛ لأن الخلط استهلاك، واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان، وعلى قول أبي يوسف ومحمد إن صار خلًّا بمرور الزمان كان بينهما على قدر كيلهما؛ لأنه لم يصر استهلاكًا بل صار كأنه خلط الخل بالخل.

(وهو): أي خلط الخل بالخل (على أصله)، وعلى أصل محمد ليس باستهلاك، إذ خلط الجنس بالجنس ليس باستهلاك، وهو قول أبي يوسف

بِاسْتِهْلَاكٍ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: هُوَ لِلْغَاصِبِ فِي الوَجْهَيْنِ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الخَلْطِ اسْتِهْلَاكٌ عِنْدَهُ، وَلَا ضَمَانَ فِي الِاسْتِهْلَاكِ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مِلْكَ نَفْسِهِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: لَا يَضْمَنُ بِالِاسْتِهْلَاكِ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ لِمَا بَيَّنَّا. وَيَضْمَنُ فِي الوَجْهِ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مِلْكَ غَيْرِهِ. وَبَعْضُ المَشَايِخِ أَجْرَوْا جَوَابَ الكِتَابِ عَلَى إِطْلَاقِهِ: أَنَّ لِلْمَالِكِ أَنْ يَأْخُذَ الخَلَّ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا بِغَيْرِ شَيْءٍ؛ لِأَنَّ المُلْقَى فِيهِ يَصِيرُ مُسْتَهْلَكًا فِي الخَمْرِ فَلَمْ يَبْقَ مُتَقَوِّمًا. وَقَدْ كَثُرَتْ فِيهِ أَقْوَالُ المَشَايِخِ وَقَدْ أَثْبَتْنَاهَا فِي «كِفَايَةِ المُنْتَهِي».

قَالَ: (وَمَنْ كَسَرَ لِمُسْلِمٍ بَرْبَطًا، أَوْ طَبْلًا، أَوْ مِزْمَارًا، أَوْ دُفًّا، أَوْ أَرَاقَ لَهُ سَكَرًا، أَوْ مُنَصَّفًا: فَهُوَ ضَامِنٌ، وَبَيْعُ هَذِهِ الأَشْيَاءِ: جَائِزٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

أيضًا، فيكون الخل مشتركًا بينهما؛ لأنه صار خالطًا خل نفسه بخل غيره، فإذا أتلفه فقد أتلف خل نفسه وخل غيره، كذا في جامع أبي اليسر.

قوله: (في الوجهين) ما إذا صارت خلًّا من ساعته أو بمرور الزمان.

(ولا ضمان في الاستهلاك) أي: في استهلاك خمر المسلم، ولا يجوز أن يضمنه باعتبار الخل أيضًا؛ لأن الخل ملك الغاصب.

قوله: (وقد كثرت فيه أقوال المشايخ) حتى قال بعضهم يصير المخلوط مشتركًا هاهنا بالإجماع؛ لأن عند أبي حنيفة إنما ينقطع حق المالك بالاستهلاك إذا ضمنه بالخلط، كالمكيل والموزون إذا غصبه وخلط بمثله من ملك نفسه، فأما إذا لم [يكن][1] مضمونًا عليه لا ينقطع، ووجود الاستهلاك كعدمه؛ فبقي مشتركًا كالمكيل إذا اختلط بنفسه بمكيل آخر لغيره، كذا ذكره المحبوبي.

وما ذكرنا من الأقوال يحتمل أن يكون هو الذي ذكره بقوله: (وقد أثبتناها في كتاب[2] المنتهي).

قوله: (أو أراق له سكرًا) وفي المُغرِب: هَراقَ الماءَ بمعنى أراقه أي:

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) تقدم في المتن (كفاية).

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لَا يَضْمَنُ(*)، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا. وَقِيلَ: الِاخْتِلَافُ فِي الدُّفِّ وَالطَّبْلِ الَّذِي يُضْرَبُ لِلَّهْوِ. فَأَمَّا طَبْلُ الغُزَاةِ وَالدُّفُّ الَّذِي يُبَاحُ ضَرْبُهُ فِي العُرْسِ يُضْمَنُ بِالإِتْلَافِ مِن غَيْرِ خِلَافٍ. وَقِيلَ: الفَتْوَى فِي الضَّمَانِ عَلَى قَوْلِهِمَا.

صَبَّهُ، يُهَرِيق، بتحريك الهاء، وأهراق يهريق بسكون الهاء في الأول بدل عن الهمزة، وفي الثاني زائدة.

وفي الصحاح: هراق الماء يهرقه بفتح الهاء هراقة، أصله أراق يريق إراقة، وأصل أَراقَ أَرْيَقَ، وأصل يُرِيقُ يُرْيِقُ، وإنما قالوا: أنا أهريقه و[هم][1] لا يقولون: أُأريقه لاستثقالهم الهمزتين، وقد زال ذلك بعد الإبدال.

وفيه لغة أخرى: أهرق الماء إهراقًا على أفعل يفعل.

وفيه لغة ثالثة: أهراق يهريق إهراقًا، فهو مهريق، والشيء مُهْراق، ومُهَراق أيضًا بالتحريك، وهذا شاذ.

وقالا: لا يضمن، وبه قال مالك، وأحمد، وقال الشافعي: إن كان ذلك إذا فضل يصلح لنفع مباح، وإذا كسر لم يصلح له لزمه ما بين قيمته مفضلًا ومكسورًا؛ لأنه أتلف بالكسر ما له قيمة، وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه، لو أتلف شيئًا من الملاهي التي اقتنيت في البيت لا للهو ضمن قيمتها عنده، وفيه إشارة إلى أنه إذا اقتنى لأجل التلهي لا ضمان بالاتفاق.

قوله: (يباح ضربه في العرس يُضمن) بلا خلاف.

قال أبو الليث: ضرب الدف في العرس مختلف بين العلماء، قيل: يكره، وقيل: لا يكره، أما الدف الذي يضرب في زماننا هذا مع [٢/ ٣٧٨/ ب] الصيجان والجلاجلات ينبغي أن يكون مكروهًا.

وأما الخلاف في الدف الذي كان يضرب في الزمان المتقدم، كذا في الذخيرة.

(وقيل: الفتوى في الضمان على قولهما) أي: يفتى بعدم الضمان؛ لكثرة

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

وَالسَّكَرُ: اسْمٌ لِلنِّيءِ مِن مَاءِ الرُّطَبِ إِذَا اشْتَدَّ.

وَالمُنَصَّفُ مَا ذَهَبَ نِصْفُهُ بِالطَّبْخِ. وَفِي المَطْبُوخِ أَدْنَى طَبْخَةٍ وَهُوَ البَاذَقُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رِوَايَتَانِ فِي التَّضْمِينِ وَالبَيْعِ. لَهُمَا: أَنَّ هَذِهِ الأَشْيَاءَ أُعِدَّتْ لِلْمَعْصِيَةِ فَبَطَلَ تَقَوُّمُهَا كَالخَمْرِ، وَلِأَنَّهُ فَعَلَ مَا فَعَلَ آمِرًا بِالمَعْرُوفِ وَهُوَ بِأَمْرِ الشَّرْعِ فَلَا يَضْمَنُهُ كَمَا

الفساد في الناس، ذكره في جامع أبي اليسر.

وذكر الصدر الشهيد عن أصحابنا: أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد، حتى قالوا لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين، ويراق العصير قبل أن يشتد على من اعتاد الفسق؛ لأنه روي عن عمر أنه هجم حين بلغه عن نائحة من نساء أهل المدينة فهجم عليها وضربها بالدرة حتى سقط خمارها، فقيل: يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها، فقال: إنه لا حرمة لها.

قالوا: معنى قوله حين اشتغلت بما لا يحل في الشرع فقد أسقطت حرمتها.

وروي أنه أحرق البيت على الثقفي حين سمع شرابًا في بيته.

وعن الفقيه أبي بكر البلخي أنه خرج عن بعض نُهر، وكانت النساء كاشفات الرؤوس والذراع، فقيل له: كيف فعلت؟ فقال: إنه لا حرمة لهن، إنما الشك في إيمانهن كأنهن حربيات، وإنما قال ذلك استدلالًا بما قال عمر.

وهل يضمن قيمة الدنان؟ إن كان بإذن الإمام لا يضمن، وإلا يضمن.

وقال أبو يوسف: إن كان لا يتيسر إراقتهما إلا بشق الزق لا يضمن ككسر المعازف، وعند الشافعي، وأحمد في رواية يضمن، كذا في جامع المحبوبي.

قوله: (وهو بأمر) أي: الكسر والإراقة بأمر الشرع قال رسول الله ﷺ «**بُعِثْتُ بكَسْرِ المَزامير**»[(١)] وفي رواية «**بُعِثْتُ لِمَحْقِ القَيناتِ والمَعازِفِ وقتلِ الخَنازِير**»، وقال عليه الصلاة والسلام «**إذا رَأَى أحدٌ مِنكُم مُنكَرًا فليُنكِرْهُ بيدِهِ، فإنْ لم يَسْتَطِعْ فبِلسانِهِ، فإنْ لَم يَستَطِعْ فبِقَلْبِه**»[(٢)] وكان كسرها أمرًا بالمعروف ونهيًا عن المنكر باليد فلا يضمن، كما لو فعله بأمر الإمام.

---

(١) أخرجه أبو بكر الشافعي في الغيلانيات (١/ ١٢٩ رقم ٨٤) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه.
(٢) أخرجه مسلم (١/ ٦٩ رقم ٤٩) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

إِذَا فَعَلَ بِإِذْنِ الإِمَامِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهَا أَمْوَالٌ لِصَلَاحِيَّتِهَا لِمَا يَحِلُّ مِن وُجُوهِ الِانْتِفَاعِ وَإِنْ صَلُحَتْ لِمَا لَا يَحِلُّ فَصَارَ كَالأَمَةِ المُغَنِّيَةِ. وَهَذَا؛ لِأَنَّ الفَسَادَ بِفِعْلِ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ فَلَا يُوجِبُ سُقُوطَ التَّقَوُّمِ، وَجَوَازُ البَيْعِ وَالتَّضْمِينِ مُرَتَّبَانِ عَلَى المَالِيَّةِ وَالتَّقَوُّمِ، وَالأَمْرُ بِالمَعْرُوفِ بِاليَدِ إِلَى الأُمَرَاءِ لِقُدْرَتِهِمْ، وَبِاللِّسَانِ إِلَى غَيْرِهِمْ،

وفي الذخيرة، والمغني، وبستان أبي الليث: الأمر بالمعروف على وجوه:

إن كان يعلم بأكبر رأيه أنه لو أمر بالمعروف يقبلون منه ويمتنعون عن المنكر فالأمر واجب عليه ولا يسعه تركه.

ولو علم بأكبر رأيه أنهم يقذفونه بذلك ويشتمونه فتركه أفضل، وكذا لو علم أنهم يضربونه ولا يصبر على ذلك، وتقع بينهم العداوة ويهيج منه القتال فتركه [أفضل][1].

ولو علم أنه يصبر على ضربها ولم يشكُ إلى أحد فلا بأس به، وهو مجاهد.

ولو علم أنهم لا يقبلون منه، ولا يخاف منهم ضربًا ولا شتمًا فهو بالخيار، والأمر بالمعروف أفضل.

ذكر المحبوبي مطلقًا، وقال: الأمر بالمعروف واجب أو فرض إذا غلب على ظنه أنهم يتركون الفسق بالمعروف، ولو غلب على ظنه أنهم لا يتركون لا يكون آثما في تركه.

قوله: (لأنه)[2] أي: نصراني (مقر على ذلك)[3] فيضمن عندنا، وقال أحمد لا يضمن، وعند الشافعي بالتفصيل كما ذكرنا.

(والدلائل ذكرها)[4] إلى آخره، وقد بينا فيه خلاف الأئمة الثلاثة أيضًا.

مسائل تتعلق بهذا الباب

غصب ثوبًا فكساه المالك، أو طعامًا فقدمه بين يديه فأكله وهو لا يعلم بأنه ثوبه أو طعامه يبرأ الغاصب عن الضمان، وبه قال الشافعي في قول، ومالك.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر المتن ص ٦٤٤.
(٣) انظر المتن ص ٦٤٤.
(٤) انظر المتن ص ٦٤٤.

وَتَجِبُ قِيمَتُهَا غَيْرُ صَالِحَةٍ لِلَّهْوِ كَمَا فِي الجَارِيَةِ المُغَنِّيَةِ، وَالكَبْشِ النَّطُوحِ، وَالحَمَامَةِ الطَّيَّارَةِ، وَالدِّيكِ المُقَاتِلِ، وَالعَبْدِ الخَصِيِّ، تَجِبُ القِيمَةُ غَيْرُ صَالِحَةٍ لِهَذِهِ الأُمُورِ، كَذَا هَذَا، وَفِي السَّكَرِ وَالمُنَصَّفِ تَجِبُ قِيمَتُهُمَا، وَلَا يَجِبُ المِثْلُ؛ لِأَنَّ المُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَمَلُّكِ عَيْنِهِ وَإِنْ كَانَ لَوْ فَعَلَ جَازَ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَ عَلَى نَصْرَانِيٍّ صَلِيبًا حَيْثُ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ صَلِيبًا؛ لِأَنَّهُ مُقَرٌّ عَلَى ذَلِكَ.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ أُمَّ وَلَدٍ، أَوْ مُدَبَّرَةً، فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ: ضَمِنَ قِيمَةَ المُدَبَّرَةِ، وَلَا يَضْمَنُ قِيمَةَ أُمِّ الوَلَدِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَضْمَنُ قِيمَتَهُمَا(*)؛ لِأَنَّ مَالِيَّةَ المُدَبَّرَةِ مُتَقَوِّمَةٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَمَالِيَّةَ أُمِّ الوَلَدِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا مُتَقَوِّمَةٌ، وَالدَّلَائِلُ ذَكَرْنَاهَا فِي كِتَابِ العِتَاقِ مِن هَذَا الكِتَابِ.

وفي قول: لا يبرأ، ولو باعه وسلمه له، أو وهبه وسلمه، أو أودعه وسلمه، أو أعاره وسلمه، أو أجّره وسلمه، والمالك لا يعلم به يبرأ عن الضمان عندنا، وبه قال الشافعي في وجه، ومالك، وأحمد.

وقال الشافعي في وجه: لا يبرأ، ولو رهنه المالك عند الغاصب لم يبرأ عن الضمان عند الشافعي، وعندنا، ومالك، وأحمد، والمزني: يبرأ.

ولو حل رباط دابة، أو فتح قفص طير أو قيد عبد، فذهب عقيب ذلك لم يضمن عندنا، وبه قال الشافعي في قول.

وقال في قول: يضمن، وبه قال مالك، وأحمد، وعن محمد: يضمن سواء طار من فوره أو مكث ساعة ثم طار، أما لو مكث ساعة ثم طار لا يضمن عندنا، والشافعي، خلافا لمالك، وأحمد.

ولو حل رأس الزق فسال المائع، أو قطع علائق قنديل فانكسر ضمن، ولو كان الدهن جامدًا، فذاب بالشمس، فسال لم يضمن، وبه قال الشافعي في وجه.

وقال في وجه: يضمن، وبه قال مالك، وأحمد.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

....

والغصب لا يتحقق في الحر بإجماع العلماء، فلا يضمن بالغصب، أما لو استعمله مكرهًا لزمه أجر مثله عند الأئمة الثلاثة؛ لأنه استوفى منافع متقومة؛ فلزمه ضمانها كمنافع العبد.

وعندنا: لا ضمان في منافع العبد أيضًا [٢/ ٣٧٩/ أ] كما مر، ولو حبسه مدة لا يجب أجر مثله عندنا أيضًا، وبه قال الشافعي، وأحمد في وجه، ومالك، وقال في وجه آخر: إنه يضمن كما في العبد.

ولو غصب كلبًا له منفعة وحبس مدة يجب أجره في أحد الوجهين عند الشافعي، وعند أحمد، ومالك، والشافعي في وجه آخر: لا يجب، ولا يضمن إذا هلك أو أتلفه عند الأئمة الثلاثة، وعندنا يضمنه؛ لأنه مال حتى يجوز بيعه عندنا.

كِتَابُ الشُّفْعَةِ

الشُّفْعَةُ مُشْتَقَّةٌ مِن الشَّفْعِ، وَهُوَ الضَّمُّ، سُمِّيَتْ بِهَا لِمَا فِيهَا مِن ضَمِّ الْمُشْتَرَاةِ إِلَى عَقَارِ الشَّفِيعِ.

كِتَابُ الشُّفْعَةِ

مناسبة الشفعة الغصب من حيث إن كل واحد يملك مال الغير بغير رضاه، إلا أن الغصب عدوان، والشفعة مشروعة، فكان حقها التقديم لكن معرفة [أحكام][(١)] الغصب [أحوج][(٢)] لكثرة وقوعه، خصوصًا في هذا الزمان، ولكثرة سبب الغصب من الاستحقاق في البياعات والشركات والمزارعات وغيرها، وللشفعة سبب واحد وهو اتصال ملك العقار عندنا.

ثم من محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة المضار، وقال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج:٧٨]، وقال ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرارَ في الإسلام**»[(٣)] وأكمل[(٤)] الضرر في صحبة الأضداد، فالصحبة بالجار أو الشريك المضر أعظم عقوبة وقد جاء في تفسير ﴿لَأُعَذِّبَنَّهُۥ عَذَابًا شَدِيدًا﴾ [النمل:٢١] أي: ألزمنه صحبة الأضداد.

ثم الشفعة لغة: مأخوذة من الشفع لغة كما ذكر في المتن.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٨٤ رقم ٢٣٤١)، وأحمد (١/ ٣١٣) رقم (٢٨٦٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما. قال البوصيري: هذا إسناد فيه جابر وقد اتهم. . . .، وله شاهد من حديث أبي صرمة. مصباح الزجاجة (٨٢٨).

(٤) في الأصل: (والحمل)، والمثبت من النسخة الثانية.

....

وشرعًا: تملك البقعة بما قام على المشتري بالشركة والجوار، فكان فيها معنى اللغة، وسببها الاتصال، وشرطها معاوضة مال بمال.

وقال الخصاف: الشفعة تجب بالبيع، ثم تجب بالطلب، فيه إشارة إلى أن سببها كلاهما على التعاقب، وأنه غير صحيح؛ لأن الشفعة لما وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيًا.

وقال شيخ الإسلام: الاتصال مع البيع علة لها؛ لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بهما، ولا يجوز أن يقال بأن الشراء شرط، والاتصال سبب؛ لأن الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح مع وجود الاتصال، فلو كان الاتصال سببًا ينبغي أن يصح التسليم؛ لأنه حصل بعد وجود سبب الوجوب.

فشرطها: أن يكون المحل عقارًا سفلًا كان أو علوًا، إذ الشفعة لا تثبت في المنقولات قصدًا، بل تثبت تبعًا للعقار، ومن شرطها أن يكون طلب الشفيع، وأن يكون العقد عقد معاوضة.

وركنها: أخذ الشفيع المشتراة بشرائطها.

وحكمها: جواز طلب الشفعة، وثبوت الملك بالقضاء أو بالرضا، إليه أشار في المبسوط، والذخيرة، والتحفة وغيرها.

وهي مشروعة بالسنة المشهورة.

وفي المبسوط: زعم بعض أصحابنا أن القياس يأبى جواز الشفعة؛ لأنه يملك على المشتري ملكه الصحيح بغير رضاه، فإنه من نوع الأكل بالباطل، قال ﷺ: «**لا يَحِلُّ مالُ امرئٍ مُسلمٍ إلَّا بطيبةِ نَفسِهِ**»(١)، ولأنه بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه، ويلحق الضرر بغيره، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بإلحاق الضرر بغيره، ولكنا تركنا القياس بالآثار المشهورة.

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٧٢ رقم ٢٠٧١٤)، والدارقطني (٣/ ٤٢٤ رقم ٢٨٨٦)، والبيهقي في "السنن الكبرى" (٦/ ١٠٠ رقم ١١٨٧٧) من حديث أبي حرة الرقاشي، عن عمه ﷺ.
وضعفه ابن حجر في "تلخيص الحبير" (٣/ ١١٣)، والبوصيري في "إتحاف الخيرة المهرة" (٢٩٠١).

قَالَ: (الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ لِلْخَلِيطِ فِي نَفْسِ المَبِيعِ، ثُمَّ لِلْخَلِيطِ فِي حَقِّ المَبِيعِ كَالشِّرْبِ وَالطَّرِيقِ، ثُمَّ لِلْجَارِ) أَفَادَ هَذَا اللَّفْظُ ثُبُوتَ حَقِّ الشُّفْعَةِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِن هَؤُلَاءِ وَأَفَادَ التَّرْتِيبَ، ....

والأصح أنها أصل في الشرع، فلا يجوز أن يقال: إنها مستحسنة عن القياس، بل هي ثابتة على موافقة القياس، وأجمع العلماء على ثبوت الشفعة في شريك لم يقسم ربعه إلا الأصم، وابن علية فإنهما قالا: لا تثبت الشفعة بحال؛ لما ذكرنا من وجه القياس.

قوله: (الشفعة واجبة) أي: ثابتة عند تحقق سببها لا أن يكون المراد بها لزوم الإثم عند تركها بالإجماع.

والخلطة بالضم: الشركة، والخليط: الشريك، يقال: خالطه أي: شاركه.

قوله: (وأفاد الترتيب)، في الذخيرة: صورته منزل بين اثنين وسكة غير نافذة، فباع أحد الشريكين نصيبه، فالشريك في المنزل أحق بالشفعة؛ فإن سلم فأهل السكة أحق إن سلموا، فالجار الملاصق وهو الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة أخرى.

ومسألة الجار على وجهين:

إما أن تكون الدار المشتراة في سكة نافذة، وفي هذا الوجه الشركة للملاصق.

وإما أن يكون في سكة غير نافذة، وفي هذا الوجه جميع أهل السكة شفعاء الملازق، والمقابل في ذلك على السواء.

وقد قيل: الشفعة على أربع مراتب، ويظهر ذلك في [٢/ ٣٧٩/ ب] مسألتين:

إحديهما: بيت في دار في سكة غير نافذة، والبيت لاثنين، والدار لقوم، فباع أحدهما نصيبه من البيت فالشفعة أولًا للشريك في البيت، فإن سلّم فلشريك الدار، فإن سلّم فلأهل السكة، فإن سلّموا فالجار الملاصق، وهو الذي على ظهر المنزل وبابه في سكة أخرى.

أَمَّا الثُّبُوتُ: فَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الشُّفْعَةُ لِشَرِيكٍ لَمْ يُقَاسِمْ» وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ وَالأَرْضِ، يَنْتَظِرُ لَهُ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا» وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ، قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا سَقَبُهُ؟ قَالَ شُفْعَتُهُ» وَيُرْوَى «الجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ».

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا شُفْعَةَ بِالجِوَارِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتْ الحُدُودُ وَصُرِفَتْ الطَّرِيقُ فَلَا شُفْعَةَ» وَلِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ مَعْدُولٌ بِهِ عَنْ سُنَنِ القِيَاسِ، لِمَا فِيهِ مِن تَمَلُّكِ المَالِ عَلَى الغَيْرِ مِن غَيْرِ رِضَاهُ، وَقَدْ وَرَدَ

والثانية: دار بين اثنين في سكة غير نافذة، فالشفعة أولًا للشريك في الدار، فإن سلّم فللشريك في الحائط المشترك بين الدارين، فإن سلّم فلأهل السكة، فإن سلّموا فللجار الملاصق.

قوله: (**وقال الشافعي: لا شفعة بالجوار**)، وكذا بالشركة في الحقوق كالطريق والشرب؛ لأن ذلك كالجوار، وكذا فيما لا يحتمل القسمة كالنهر والبئر، وبه قال مالك وأحمد، والأوزاعي، وأبو ثور، وابن المنذر، وروي ذلك عن عمر، وعثمان، وعلي.

وعندنا، والثوري، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة: تثبت له الشفعة بعد الشريك في المبيع، أو في حقه.

وفي شرح الوجيز: عن ابن سريج تخريج لمذهب أبي حنيفة رحمه الله قال القاضي الروياني، بعض أصحابي يفتي به، وهو الاختيار للشافعي.

الحديث المذكور في المتن رواه أبو داود، وهذا الحديث [يقتضي][1] أن جنس الشفعة فيما لم يقسم، إذ الألف واللام للجنس؛ لعدم المعهود، والدليل عليه أنه قال في رواية: «**إنما الشفعة فيما لم يقسم**»، وإنما كلمة الحصر.

ويدل عليه أيضًا (**فإذا صرفت الطرق**) أي: حصل لكل قسم طريق على حدة (**فلا شفعة**).

(**لما فيه**) أي: في حق الشفعة (**تَمَلُّكُ المال على الغير بغير رضاه**) وذا لا

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

الشَّرْعُ بِهِ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ، وَهَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ؛ لِأَنَّ مُؤْنَةَ القِسْمَةِ تَلْزَمُهُ فِي الأَصْلِ

يجوز لقوله ﷺ «**لا يَحلُّ مالُ امرئٍ مُسلمٍ إلّا بطيبةٍ من نفسِهِ**»[١]، إلا أن القياس ترك بالسنة، وهي فيما لم يقسم.

(وهذا) أي: الجار **(ليس في معناه)**؛ لأن حق الأخذ ثَمَّ ثبت لدفع مؤنة القسمة، إذ لو لم يأخذ يطالبه المشتري بالقسمة، فيلحقه مؤنة القسمة، وهذا لا يوجد في حق الجار.

لنا ما روينا: «**جارُ الدّارِ أحقُّ بالدار**» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح[٢].

وقوله: «الجارُ أحقُّ بسَقَبِه»، ويروى بالصاد، رواه البخاري، وأبو داود[٣]، وروى الترمذي عن جابر أنه ﷺ قال: «**الجارُ أحقُّ بسَقَبِهِ**[٤] يَنتظِرُ بِها وإن كانَ غائِبًا إذا كانَ طريقُهما واحدًا»، ثم قال: حديث حسن[٥].

وفي المغرب: السَّقَب: القرب والاتصال، وأريد بالسقب هنا الساقب على معنى ذو السقب، والتسمية بالمصدر.

ومعنى الحديث الجار أحق بالشفعة؛ لأنه جاء في لفظ: «**الجارُ أحقُّ بِشُفْعَتِه**»[٦]، وسئل عنه رسول الله ﷺ ما سقبه؟ قال: «**شُفعَتُه**».

وروى الطحاوي عن أبي بكر بن حفص: أن عمر كتب إلى شريح أن يقضي بالشفعة للجار الملاصق[٧].

وبعض أهل العلم رمى حديث جابر بالوهن من جهة عبد الملك بن أبي

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٧٢ رقم ٢٠٧١٤)، والدارقطني (٣/ ٤٢٤ رقم ٢٨٨٦)، والبيهقي في "السنن الكبرى" (٦/ ١٠٠ رقم ١١٨٧٧) من حديث أبي حرة الرقاشي، عن عمه رضي الله عنه.
وضعفه ابن حجر في "تلخيص الحبير" (٣/ ١١٣)، والبوصيري في "إتحاف الخيرة المهرة" (٢٩٠١).

(٢) تقدم تخريجه قريبًا.

(٣) تقدم تخريجه قريبًا.

(٤) هكذا في الأصول، وفي مصادر التخريج «بشفعته»، وفي بعضها «بشفعة جاره».

(٥) تقدم تخريجه قريبًا.

(٦) تقدم تخريجه قريبًا.

(٧) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٥ رقم ٦٠١٣).

دُونَ الفَرْعِ، وَلَنَا مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ مِلْكَهُ مُتَّصِلٌ بِمِلْكِ الدَّخِيلِ اتِّصَالَ تَأْبِيدٍ وَقَرَارٍ،

سليمان، ولم يصب في ذلك، فإن أحاديث الثقات لا تُرَدُّ بِوَهْمٍ، مع أن عبد الملك ثقة، ذكره الترمذي(١).

فإن قيل: يطلق لفظ الجار على الشريك، كما في قول الأعشى(٢):

أيا جَارَتِي بِينِي فإنَّكِ طَالِقَةْ كَذاكِ أُمورُ النَّاسِ غادٍ وَطارِقَةْ

والمراد: زوجته، وهي شريكته في الفراش؛ ولأنه ﷺ قال: «**الشُّفعةُ فِيما لَمْ يُقسَمْ**»(٣) نص على النفي عن غيره؛ لأن كلمة «**إنما**» للحصر، ولأن(٤) تعليلكم للاستحقاق بالجوار بسبب دفع ضرر الجوار منقوض بالجار المقابل وبالجار الملاصق بطريق الإجارة.

قلنا: حمل اسم الجار على الشريك ترك الحقيقة بلا دليل، وذا لا يجوز، ولأن آخر الحديث يأبى حمله على الشريك يلغو هذا؛ لأن بالشركة تستحق الشفعة، سواء كان الطريق واحدًا أو لا.

قال الإمام الحلواني: تركوا العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته وصحته، والعجب منهم أنهم سموا أنفسهم أصحاب الحديث؛ فلقبوا أنفسهم بترك العمل بالحديث بأصحاب الحديث.

وقد روي أن سعدًا عرض بيتًا له على جاره؛ فدل أن جميع البيت له؛ فبطل تأويله بالشريك، وسمى الزوجة جارًا؛ لأنها تجاوره في الفراش لا لأنها تشاركه.

وما روي يدل على ثبوت الشفعة في الشركة، وتخصيص الشيء بالذكر يدل على نفي ما عداه، وإنما رواية «**إنّما الشُّفعَةُ**» ليست تثبت، ولئن ثبت تقتضي نفي

---

(١) سنن الترمذي (٣/ ٤٤ رقم ١٣٦٩).

(٢) البيت من الطويل، وهو للأعشى في ديوانه ص ٣١٣؛ وأدب الكاتب ص ٢٩٥؛ والإنصاف ٢/ ٧٦٠؛ ولسان العرب ١٠/ ٢٢٥، ٢٢٦ (طلق)؛ وكتاب العين ٥/ ١١٠.

(٣) أخرجه البخاري (٣/ ٨٧ رقم ٢٢٥٧)، ومسلم (٣/ ١٢٢٩ رقم ١٦٠٨) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٤) في الأصل (لا)، والمثبت من النسخة الثانية.

فَيَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الشُّفْعَةِ عِنْدَ وُجُودِ المُعَاوَضَةِ بِالمَالِ اعْتِبَارًا بِمَوْرِدِ الشَّرْعِ، وَهَذَا لِأَنَّ الِاتِّصَالَ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ إِنَّمَا انْتَصَبَ سَبَبًا فِيهِ لِدَفْعِ ضَرَرِ الجِوَارِ، إِذْ هُوَ مَادَّةُ

الشبهة الثابتة بسبب التركة عملًا بما [روينا][1]، أو يقتضي [تأكيد][2] المذكور بطريق الكمال كما قال تعالى: ﴿إِنَّمَآ أَنتَ مُنذِرٌ﴾ [الرعد:٧] وكما يقال: إن العالم في البلد زيد أي: الكامل فيه، والمشهور به زيد، والشريك في البقعة كامل في [٢/ ٣٨٠/أ] سبب استحقاق الشفعة دون نفي غيره بدليل سياق الحديث، فإنه قال في آخره «**فإذا وقعت الحدود وصرف الطريق فلا شفعة**»[3].

وعند الشافعي: لا شفعة هناك أيضًا، فكان آخر الحديث حجة لنا أيضًا، مع أنه قيل: هذا من كلام الراوي لا من الحديث، فلو صح أنه من الحديث فمعنى قوله: لا شفعة بوقوع الحدود وصرف الطريق، فكان الموضع موضع إشكال؛ لأن في القسمة معنى المبادلة، ربما يشكل هل يستحق بها الشفعة؟ فَبيَّن النبي ﷺ أنه لا يستحق الشفعة بالقسمة، ولا يلزم الجار المقابل؛ لأن الضرر هناك ليس بسبب اتصال الملك.

ولأن الأخذ بالشفعة لما كان لحق الملك صار فرعًا من فروعه؛ فلا يكون إلا لمن له الاتصال به ملكًا على الدوام، وهذا لأن المقصود دفع ضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام، فلهذا لا تثبت لجار السكنى كالمستأجر والمستعير؛ لأن جواره ليس بمستدام، ولأن الملك الحادث بالإجارة ملك منفعة، ولا اتصال بين ملك الجار وبين منفعة جاره؛ فلا تثبت الشفعة له، كذا في المبسوط، والأسرار وغيرهما.

قوله: (**اعتبارًا بمورد الشرع**) وهو الخليط في نفس المبيع.

قوله: (**لأن الاتصال بهذه**) أي: بصفة أنه شريك في البقعة.

(**لدفع ضرر الجوار**) أي: لدفع التأذي بسوء المجاورة على الدوام حتى لا تثبت للمستأجر والمستعير (**إذ هو**) أي: الجوار على الدوام مادة المضار من

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) تقدم تخريجه قريبًا.

الْمَضَارِّ عَلَى مَا عُرِفَ، وَقَطْعُ هَذِهِ الْمَادَّةِ بِتَمَلُّكِ الأَصْلِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ فِي حَقِّهِ بِإِزْعَاجِهِ عَنْ خُطَّةِ آبَائِهِ أَقْوَى، وَضَرَرُ الْقِسْمَةِ مَشْرُوعٌ لَا يَصْلُحُ عِلَّةً لِتَحْقِيقِ ضَرَرِ غَيْرِهِ.

حيث إيقاد النار، وإعلاء الجدار، ومنع ضوء النهار، وإثارة الغبار.

وقوله: (وضرر القسمة مشروع) إلى آخره، جواب عن قول الشافعي: أن مؤنة القسمة تلزمه عند بيع أحد الشريكين، ومنشأ الخلاف بيننا وبينه راجع إلى معنيين:

فعندنا: المعنى المؤثر لثبوت الشفعة اتصال الملك؛ ليدفع الشفيع بثبوت حق الشفعة سوء ضرر الجوار، سواء كان ذلك الاتصال في نفس المبيع أو حقه أو بالجار الملاصق.

وعنده: المعنى المؤثر لزوم مؤنة القسمة، وعن هذا قال: لا يثبت فيما لا يحتمل القسمة، وكذا في الجار؛ لأنه لا قسمة هناك، وكذا في المنقولات؛ لأنه يتمكن من دفع مؤنة القسمة ببيع نصيبه، والبيع والشراء في المنقول معتاد بخلاف العقار، ولما كان كذلك بقي الشأن في الترجيح.

فقلنا: ما ذكرنا معنى فيه؛ لأنه يبقى بينهما منازعة دائمة، فلو قال الخصم: يمكن دفع ضرر الجار بالمرافعة إلى السلطان.

قلنا: ذاك ضرر أشد من السكوت والتصبر؛ لأنه يحتاج إلى المرافعة، وربما لا يندفع بها؛ فتبقى السخيمة الزائدة، وما ذكر من ضرر القسمة ليس بضرر؛ لأنه حق مستحق عليه شرعًا، وإبقاء المستحق لا [يعد من الأضرار][1] على أن مثل هذا الضرر يتحقق في المنقول المشترك، فكان ضرر مؤنة القسمة مشروعًا.

أما ملك مال الغير بغير رضاه غير مشروع؛ فلا يحتمل غير المشروع لدفع المشروع، فعلم أن المؤثر في الأصل دفع ضرر الجوار، إليه أشار في المبسوط، والإيضاح.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

وَأَمَّا التَّرْتِيبُ: فَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الشَّرِيكُ أَحَقُّ مِن الخَلِيطِ، وَالخَلِيطُ أَحَقُّ مِن الشَّفِيعِ» فَالشَّرِيكُ فِي نَفْسِ المَبِيعِ، وَالخَلِيطُ فِي حُقُوقِ المَبِيعِ وَالشَّفِيعُ هُوَ الجَارُ.

وَلِأَنَّ الِاتِّصَالَ بِالشَّرِكَةِ فِي المَبِيعِ أَقْوَى؛ لِأَنَّهُ فِي كُلِّ جُزْءٍ، وَبَعْدَهُ الِاتِّصَالُ فِي الحُقُوقِ؛ لِأَنَّهُ شَرِكَةٌ فِي مَرَافِقِ المِلْكِ، وَالتَّرْجِيحُ يَتَحَقَّقُ بِقُوَّةِ السَّبَبِ، وَلِأَنَّ ضَرَرَ القِسْمَةِ إِنْ لَمْ يَصْلُحْ عِلَّةً صَلَحَ مُرَجِّحًا.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ وَالشِّرْبِ وَالجَارِ شُفْعَةٌ مَعَ الخَلِيطِ فِي الرَّقَبَةِ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ مُقَدَّمٌ. قَالَ: (فَإِنْ سَلَّمَ فَالشُّفْعَةُ لِلشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ، فَإِنْ سَلَّمَ أَخَذَهَا الجَارُ) لِمَا بَيَّنَّا مِن التَّرْتِيبِ، وَالمُرَادُ بِهَذَا الجَارُ: المُلَاصِقُ، وَهُوَ الَّذِي عَلَى ظَهْرِ الدَّارِ المَشْفُوعَةِ وَبَابُهُ فِي سِكَّةٍ أُخْرَى. عَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ مَعَ وُجُودِ الشَّرِيكِ فِي الرَّقَبَةِ لَا شُفْعَةَ لِغَيْرِهِ سَلَّمَ أَوْ اسْتَوْفَى؛ لِأَنَّهُمْ مَحْجُوبُونَ بِهِ.

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ: أَنَّ السَّبَبَ تَقَرَّرَ فِي حَقِّ الكُلِّ، إِلَّا أَنَّ لِلشَّرِيكِ حَقَّ التَّقَدُّمِ، فَإِذَا سَلَّمَ كَانَ لِمَنْ يَلِيهِ بِمَنْزِلَةِ دَيْنِ الصِّحَّةِ مَعَ دَيْنِ المَرَضِ، وَالشَّرِيكُ فِي المَبِيعِ قَدْ

قوله: (**لأنه**) أي: الاتصال بالشركة (**في كل جزء**).

(**وبعده**) أي: بعد الاتصال بالشركة؛ لأنه لم يكن في كل جزء من المبيع الذي هو المقصود، بل في مرافقه وتوابعه، فكان دون الأول؛ فتأخر عنه، ولأن ضرر القسمة إن لم يصلح علة عندنا، خلافا للشافعي يصلح مرجحًا، إذ الترجيح يقع بما لا يكون عليه الاستحقاق، كما في الأخ لأب وأم مع الأخ لأب، إذ العصوبة لا تثبت مع قرابة الأم.

قوله: (**ووجه الظاهر**) أي: ظاهر الرواية أن السبب وهو الاتصال تقرير في حق الكل، ولهذا قلنا: يجب للجار أن يطلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالبيع؛ حتى يتمكن من الأخذ إذا سلم الشريك حتى لو لم يطلب بعد علمه بالبيع لا حق له بعد تسليم الشريك الشفعة، ذكره في المبسوط.

قوله: (**مع دَيْنِ المرض**) أي: الذي غير معروفة الأسباب، إذ معروفة

يَكُونُ فِي بَعْضٍ مِنهَا، كَمَا فِي مَنْزِلٍ مُعَيَّنٍ مِن الدَّارِ أَوْ جِدَارٍ مُعَيَّنٍ مِنهَا، وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى الجَارِ فِي المَنْزِلِ، وَكَذَا عَلَى الجَارِ فِي بَقِيَّةِ الدَّارِ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّ اتِّصَالَهُ أَقْوَى وَالبُقْعَةَ وَاحِدَةٌ.

ثُمَّ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الطَّرِيقُ أَوْ الشِّرْبُ خَاصًّا حَتَّى تَسْتَحِقَّ الشُّفْعَةُ بِالشَّرِكَةِ فِيهِ، فَالطَّرِيقُ الخَاصُّ أَنْ لَا يَكُونَ نَافِذًا، وَالشِّرْبُ الخَاصُّ أَنْ يَكُونَ نَهْرًا لَا تَجْرِي فِيهِ السُّفُنُ، ....

الأسباب المرض مع دَينِ الصحة سواء، وقد مر في الإقرار.

قوله: (أو جدار معين منها) أي: من الدار أي: الجدار مع أرضه مقدم على الجار والمنزل.

صورته: أرض بينهما غير مقسومة، فبنيا حائطًا في وسطها، ثم اقتسما الباقي، فيكون الحائط وما تحته مشتركًا بينهما، فكان هذا الجار شريكًا في بعض المبيع؛ فيكون مقدمًا على الشريك.

أما لو اقتسما الأرض قبل بناء الحائط وخطَّا خطًّا في وسطها، ثم أعطى كل واحد شيئًا حتى بنيا حائطا، فكل واحد صار لصاحبه في الأرض شريكًا [٢/ ٣٨٠/ ب] في البناء لا غير لا يوجب الشفعة، كذا في الذخيرة، والمغني.

(وكذا على الجار في بقية الدار) يعني الشريك مع أرضه مقدم على الجار في بقية الدار.

في الذخيرة: والمعنى ذكره القدوري أن الشريك في الأرض التي تحت الحائط يستحق الشفعة في كل المبيع عند محمد، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، فيكون مقدمًا على الجار في كل المبيع، وفي رواية عن أبي يوسف يستحق الشفعة في الحائط بحكم الشركة، وفي الباقي بحكم الجوار، فيكون ذلك مع جار آخر بينهما.

قوله: (لا تجري فيه السفن) قال عبد الواحد: أراد السفن الصغير مثل الزورق، حتى لو كان نهرًا كبيرًا يجري فيه الزورق فالجار أحق؛ لأن هؤلاء

وَمَا تَجْرِي فِيهِ فَهُوَ عَامٌّ. وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ الخَاصَّ أَنْ يَكُونَ نَهْرًا يُسْقَى مِنهُ قَرَاحَانِ، أَوْ ثَلَاثَةٌ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ فَهُوَ عَامٌّ، وَإِنْ كَانَتْ سِكَّةً غَيْرَ نَافِذَةٍ يَتَشَعَّبُ مِنهَا سِكَّةٌ غَيْرُ نَافِذَةٍ، وَهِيَ مُسْتَطِيلَةٌ فَبِيعَتْ دَارٌ فِي السُّفْلَى فَلِأَهْلِهَا الشُّفْعَةُ خَاصَّةً دُونَ أَهْلِ العُلْيَا، وَإِنْ بِيعَتْ لِلْعُلْيَا فَلِأَهْلِ السِّكَّتَيْنِ، وَالمَعْنَى مَا ذَكَرْنَا فِي كِتَابِ أَدَبِ القَاضِي. وَلَوْ كَانَ نَهْرٌ صَغِيرٌ يَأْخُذُ مِنهُ نَهْرٌ أَصْغَرُ مِنهُ فَهُوَ عَلَى قِيَاسِ الطَّرِيقِ فِيمَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (وَلَا يَكُونُ الرَّجُلُ بِالجُذُوعِ عَلَى الحَائِطِ شَفِيعَ شَرِكَةٍ، وَلَكِنَّهُ شَفِيعُ جِوَارٍ)؛ ....

ليس بشركاء في الشرب، ذكره في المبسوط[1].

وفي الذخيرة: النهر الكبير من يشرب منه لا يحصون، واختلفوا في حد ما لا يحصى وما يحصى، قيل: ما لا يحصى خمسمائة، وقيل: أربعون، وقيل: مائة، وقيل: أصح ما قيل أنه مفوض إلى رأي كل مجتهد في زمانه، إن رآهم كبيرًا كان كبيرًا وإلا كان صغيرًا.

القَرَاحُ من الأرض: كل قطعة ليس فيها شجر ولا شائبة سَبْخٍ، وقد يجمع على أقرِحَة، كمكان وأمكنة، كذا في المُغرِب.

(وهي) أي: السكة الصغيرة النافذة **(مستطيلة)**.

(فبيعت دار في السفلى) أي: في المتشعِّبة **(فلأهلها)** أي: لأهل المُتَشَعِّبة لا لأهل العليا؛ لأنه لا شركة لهم فيها ولا حق المرور، ولهذا ليس لهم أن يفتحوا بابًا فيها، وكانت كالمملوكة لأهلها، وقد مرت صورته في مسائل شتى من كتاب القضاء.

قوله: (ولأهل السكتين) لأن أهل السفلى حَقَّ المرور فيها.

قوله: (فهو على قياس الطريق) يعني لو بيع أرض متصلة بالنهر الأصغر فالشفعة لأهله لا لأهل الصغير، كما ذكرنا الحكم في السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة، كذا ذكره في الذخيرة.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٣٢).

لِأَنَّ العِلَّةَ هِيَ الشَّرِكَةُ فِي العَقَارِ وَبِوَضْعِ الجُذُوعِ لَا يَصِيرُ شَرِيكًا فِي الدَّارِ، إِلَّا أَنَّهُ جَارٌ مُلَازِقٌ. قَالَ: (وَالشَّرِيكُ فِي الخَشَبَةِ تَكُونُ عَلَى حَائِطِ الدَّارِ جَارٌ) لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَإِذَا اجْتَمَعَ الشُّفَعَاءُ، فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ، وَلَا يُعْتَبَرُ اخْتِلَافُ الأَمْلَاكِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هِيَ عَلَى مَقَادِيرِ الأَنْصِبَاءِ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ مِن مَرَافِقِ المِلْكِ؛ ....

قوله: (والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار)، وبالفارسية يقال: (شر شيح).

تأويله: إذا كان حق وضع الخشبة على الحائط من غير أن يملك شيئًا من رقبة الحائط؛ لأنه إذا كان هكذا فله حق الشغل لا غير؛ فكان جارًا لا شريكًا.

وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله: (لأن العلة هي الشركة في العقار).

قوله: (وقال الشافعي: هي) أي: الشفعة (على مقادير الأنصباء) وهو قول منه.

وفي شرح الوجيز: وهو الأصح، وبه قال مالك، وأحمد في المشهور منه، وقال الشافعي في قول، وأحمد في رواية: فالشفعة على عدد الرؤوس كقولنا، واختاره المزني، وابن عقيل من أصحاب أحمد، وهو قول الشعبي، والنخعي، والثوري، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة.

صورة المسألة: دار بين ثلاثة، لأحدهم نصفها، ولآخر سدسها، ولآخر ثلثها، فباع صاحب النصف نصيبه، فالشفعة بينهما أثلاثًا عند الشافعي بقدر ملكهما، ولو باع صاحب السدس كان بينهما أخماسًا عنده، ولو باع صاحب الثلث كان بينهما أرباعًا عنده، وعندنا بينهما أنصافًا في الكل.

قوله: (من مرافق الملك) أي: فوائده؛ لأنه يستفاد به؛ فيكون على قدر الملك كالولد، واللبن، والثمرة، والربح، والغلة، في الملك المشترك، ويشكل على هذا ثلاث مسائل:

أحدها[1]: ما لو أعتق اثنان نصيبهما في عبد مشترك بين ثلاثة على التفاوت، فالمعتقان إذا كانا موسرين يغرمان نصيب الثالث بالسوية.

---

(١) في الأصل: (إحديها)، والمثبت من النسخة الثانية.

أَلَا يَرَى أَنَّهَا لِتَكْمِيلِ مَنْفَعَتِهِ فَأَشْبَهَ الرِّبْحَ، وَالغَلَّةَ، وَالوَلَدَ، وَالثَّمَرَةَ. وَلَنَا: أَنَّهُمْ اسْتَوَوْا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَهُوَ الِاتِّصَالُ، فَيَسْتَوُونَ فِي الِاسْتِحْقَاقِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَوْ انْفَرَدَ وَاحِدٌ مِنهُمْ اسْتَحَقَّ كُلَّ الشُّفْعَةِ. وَهَذَا آيَةُ كَمَالِ السَّبَبِ وَكَثْرَةُ الِاتِّصَالِ تُؤْذِنُ بِكَثْرَةِ العِلَّةِ، وَالتَّرْجِيحُ بِقُوَّةِ الدَّلِيلِ لَا بِكَثْرَتِهِ، وَلَا قُوَّةَ هَاهُنَا لِظُهُورِ الأُخْرَى

والثانية: لو مات مالك الدار عن اثنين، ثم مات أحدهما وله ابنان، ثم باع أحد الابنين نصيبه، فالأخ والعم في الشفعة سواء مع تفاوت حصصهما.

والثالثة: إذا مات الشفيعُ قبل أن يأخذ لورثةِ الشفيعِ أن يأخذوا ما كان يأخذه أبوهم على العدد، امرأته وابنه في ذلك سواء.

وبهذه المسائل رجح المزني القول الثاني، وهو قولنا فأجابوا عن مسألة العتق بأنه على القولين، ولو سلم أنه قول واحد فالفرق أن ذلك ضمان إتلاف، لا فائدة ملك حتى يتقدر بقدره، وفيه ضعف.

وعن المسألة الثانية: أن للشافعي قولين في القديم، وبه قال مالك.

الأخ يختص بالشفعة؛ لأن ملكه أقرب إلى ملك الأخ، وفي الجديد: وقول أبي حنيفة، وأحمد، والمزني: أن العم والأخ يشتركان نظرًا للملك لا إلى سبب الملك؛ لأن الضرر المحوج إلى إثبات الشفعة لا يختلف، وفيه ضعف كما ترى.

وعن الثالثة: أن فيها قولين، وعلى قول الاستواء أن الأصل الاستحقاق باعتبار الإرث، وفي هذا لا يختلف، كذا في شرح الوجيز، وفي الكل ضعف كما ترى.

قوله: (**وهذا آية كمال السبب**) لأنه علم أن نفس [٢/ ٣٨١/ أ] الملك علة تامة لا قَدْرُهُ.

قوله: (**والترجيح بقوة الدليل لا بكثرته**) أي: بكثرة الدليل كما في الشهود، وكثرة الجراحات، وكثرة الأقيسة.

(**ولا قوة [هاهنا]**)[1] أي: لم يظهر الترجيح في مسألتنا؛ إذ لو ظهر لكان

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

بِمُقَابِلَتِهِ وَتَمَلُّكُ مِلْكِ غَيْرِهِ لَا يُجْعَلُ ثَمَرَةً مِن ثَمَرَاتِ مِلْكِهِ، بِخِلَافِ الثَّمَرَةِ

المرجوح مدفوعًا بالراجح، وهاهنا لا يبطل حق صاحب القليل، فعرفنا أنه لا ترجيح في جانبه) إليه أشار في المبسوط.

فإن قال الشافعي: لا يلزمني ذلك لجواز أن تكون العلة الواحدة مثبتة لكمال الحكم، ولكن عند الانضمام مع أخرى يثبت استحقاق أحدهما أكثر عما ثبت عند الانفراد، كما في الرَّجَّالة في الغنيمة إذا انفردوا يستحقون الغنيمة، وكذا الفرسان إذا انفردوا يستحقون الكل أيضًا، وعند الاجتماع يقسم على التفاوت.

وكذا لو مات وترك بنتًا وأختًا أو أمًّا فللبنت النصف، والباقي للأخت، أو للأخ بحق العصوبة. أما لو ترك بنتًا وأخًا وأختًا كان النصف بينهما أثلاثا فكذا هاهنا.

وكذا لو كان الحائط المائل مشتركًا بين اثنين أثلاثًا فأشهد عليهما، ثم سقط وأصاب مالًا أو نفسًا؛ فالضمان بينهما أثلاثًا بقدر الملك، فيجب أن تكون الشفعة كذلك.

قلنا: تفضيل الفارس ثبت شرعًا بخلاف القياس، مع أن الفرس بانفراده لا يصلح علة للاستحقاق فيصلح مرجحًا.

أما في مسألتنا: ملك كل جزء علة تامة للاستحقاق؛ فلا يصلح مرجحًا، وأما مسألة الميراث فليس نظرنا؛ لأن نصيب الأخ والأخت عند الانضمام باعتبار أن الشرع جعل عصوبة الأنثى بالذَّكَر عِلّةً لاستحقاق نصف ما للذكر؛ لتفاوتهما في نفس العلة، لا أن العلة مرجحة بعلة أخرى؛ إذ العصوبة بالأخ غير العصوبة بالبنت، فإذا جاءت العصوبة بالأخ زالت العصوبة بالبنت، والعصوبة بالأخ متفاوتة شرعًا؛ فلم يكن من قبيل ترجيح العِلّة بالعِلّة.

وأما مسألة الحائط فقلنا: إن مات بجرح الحائط فالضمان عليهما نصفان؛ لاستوائهما في العلة، وإن مات بثقل الحائط فالضمان عليهما أثلاثًا؛ لأن التساوي في العلة لم يوجد، إذ ثقل نصيب صاحب القليل لا يكون كثقل نصيب صاحب الكبير؛ فكان هذا راجعًا إلى ما يتولد من الملك كالولد، والثمرة،

وَأَشْبَاهِهَا، وَلَوْ أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ حَقَّهُ فَهِيَ لِلْبَاقِينَ فِي الكُلِّ عَلَى عَدَدِهِمْ؛ لِأَنَّ الِانْتِقَاصَ لِلْمُزَاحَمَةِ مَعَ كَمَالِ السَّبَبِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمْ وَقَدْ انْقَطَعَتْ. وَلَوْ كَانَ البَعْضُ غُيَّبًا يَقْضِي بِهَا بَيْنَ الحُضُورِ عَلَى عَدَدِهِمْ؛ لِأَنَّ الغَائِبَ لَعَلَّهُ لَا يَطْلُبُ، وَإِنْ

والشفعة ليست من ثمرات الملك؛ لأن تملك ملك غيره لا يكون من ثمرات ملكه؛ لأنه يحصل باختياره والثمرة تحصل بدون اختياره، إليه أشار في المبسوط، والأسرار، والإيضاح.

قوله: (**في الكل على عددهم**) عندنا، وعند الأئمة الثلاثة: على قدر ملكهم.

أما أن يريد أن يأخذ حصته دون حصة الباقي ليس له ذلك بإجماع العلماء؛ لأن في ذلك تفريق الصفقة والإضرار بالمشتري في تنقيص الملك عليه، وهذا الذي ذكرنا قبل القضاء حتى لو قضى القاضي بالشفعة لأحدهما، ثم سلَّم أحدهما نصيبه، لم يجز للآخر أن يأخذ الجميع؛ لأنه لما قضى بالدار بينهما بالشفعة صار كل واحد منهما مقضيًّا عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه، فبطل حق شفعته فيما قضى لصاحبه ضرورة.

وهكذا إذا قضى للخليط، ثم سلّم الشفعة لم يكن للشريك في المرافق أن يأخذ بالشفعة؛ لبطلان حقه الضعيف بالقضاء، وكذا لو قضى للشريك في المرافق ثم سلّم، لم يكن للجار أن يأخذ لما ذكرنا، ذكره في المبسوط.

قوله: (**لأن الغائب لعله لا يطلب**) وحق الحاضر ثابت في كل الدار بصفة التأكد؛ لأن تأكد الشفعة بالطلب وقد وجد، وحق الغائب لم يتأكد؛ فكان مشكوكًا فيه؛ فلا يؤخر الحق المتأكد لأجله.

وفي المبسوط، والذخيرة: شفيعان أحدهما حاضر والآخر غائب، وقضى للحاضر بكل الدار فللغائب أن يأخذ نصفه، ولو جعل بعض الشفعاء لآخر، لم يصح الجعل وسقط حقه، وقسمت على عدد من بقي، وإن قال الذي قضي له بالشفعة لآخر: أنا أُسلِّم لك الكل، فإما أن يأخذ الكل أو يدع، فليس له ذلك.

وللثاني أن يأخذ النصف، ولو كان الحاضر لم يحضرها بالشفعة، ولكن اشتراها من المشتري فحضر الغائب إن شاء أخذ كلها بالبيع الأول أو بالبيع

قَضَى لِحَاضِرِ بِالجَمِيعِ، ثُمَّ حَضَرَ آخَرُ، يَقْضِي لَهُ بِالنِّصْفِ، وَلَوْ حَضَرَ ثَالِثٌ فَبِثُلُثِ مَا فِي يَدِ كُلٍّ وَاحِدٍ تَحْقِيقًا لِلتَّسْوِيَةِ، فَلَوْ سَلَّمَ الحَاضِرَ بَعْدَمَا قَضَى لَهُ بِالجَمِيعِ لَا يَأْخُذُ القَادِمُ إِلَّا النِّصْفَ؛ لِأَنَّ قَضَاءَ القَاضِي بِالكُلِّ لِلْحَاضِرِ يَقْطَعُ حَقَّ الغَائِبِ عَنْ النِّصْفِ بِخِلَافِ مَا قَبْلَ القَضَاءِ.

قَالَ: (وَالشُّفْعَةُ تَجِبُ بِعَقْدِ البَيْعِ) وَمَعْنَاهُ: بَعْدَهُ، لَا أَنَّهُ هُوَ السَّبَبُ؛ لِأَنَّ سَبَبَهَا الِاتِّصَالُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَالوَجْهُ فِيهِ: أَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ إِذَا رَغِبَ البَائِعُ عَنْ مِلْكِ الدَّارِ، ....

الثاني؛ لأن الحاضر أسقط حقه بالإقدام على الشراء، وخرج من البين، ولو كان المشتري الأول شفيعًا أيضًا فاشتراها شفيع حاضر أيضًا منه فحضر الغائب، إن شاء أخذ نصف الدار بالبيع الأول، وإن شاء أخذ الكل بالبيع الثاني؛ [٢/ ٣٨١/ب] لأن المشتري الأول لم يثبت له حق قبل الشراء حتى يكون بشرائه معرضًا عنه، فبقي هو شفيعًا في البيع الأول؛ فلا يكون للغائب بالبيع الأول إلا النصف.

أما العقد الثاني فقد ثبت للشفيع الحاضر حق الشفعة بسبب البيع الأول، وقد أسقطه بالإقدام على الشراء، فللغائب أن يأخذ كله بالبيع الثاني.

قوله: (والشفعة تجب بالعقد معناه بعده) إلى آخره، وفي النهاية: هذا التأويل والتعليل مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط، والذخيرة، والمغني، وغيرها لما أنها صرح بأن سبب وجوبها البيع والشراء، وفساد تأويل الكتاب ظاهر؛ لما أن سبب ثبوتها لو كان الاتصال ينبغي أن لو سلم الشفعة قبل البيع تبطل شفعته، ولم تبطل بالإجماع.

وقد صرح في المبسوط أنه إسقاط قبل السبب، قيل في جوابه: هذا لا يلزم على الشيخ؛ لأنه قال: يثبت بعده وأنكر سببيّة الاتصال قبل وجود الشرط، وهو العقد؛ لأن الشرط يمنع السبب عندنا عن الاتصال بالمحل؛ فيسلم الشفعة قبل العقد ككفارة اليمين قبل الحنث، فلا يجوز؛ لأن العقد سبب.

وقوله: (على ما بينا) إشارة إلى قوله: **(استووا في سبب الاستحقاق وهو**

وَالبَيْعُ يُعَرِّفُهَا، وَلِهَذَا يُكْتَفَى بِثُبُوتِ البَيْعِ فِي حَقِّهِ حَتَّى يَأْخُذَهَا الشَّفِيعُ إِذَا أَقَرَّ البَائِعُ بِالبَيْعِ وَإِنْ كَانَ المُشْتَرِي يُكَذِّبُهُ، قَالَ: (وَتَسْتَقِرُّ بِالإِشْهَادِ، وَلَا بُدَّ مِن طَلَبِ المُوَاثَبَةِ) لِأَنَّهُ حَقٌّ ضَعِيفٌ يَبْطُلُ بِالإِعْرَاضِ، فَلَا بُدَّ مِن الإِشْهَادِ وَالطَّلَبِ، لِيُعْلَمَ بِذَلِكَ رَغْبَتُهُ فِيهِ دُونَ إِعْرَاضِهِ عَنْهُ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى إِثْبَاتِ طَلَبِهِ عِنْدَ القَاضِي وَلَا يُمْكِنُهُ إِلَّا بِالإِشْهَادِ، قَالَ: (وَتُمْلَكُ بِالأَخْذِ إِذَا سَلَّمَهَا المُشْتَرِي، أَوْ حَكَمَ بِهَا الحَاكِمُ)؛ لِأَنَّ المِلْكَ لِلْمُشْتَرِي قَدْ تَمَّ، فَلَا يَنْتَقِلُ إِلَى الشَّفِيعِ إِلَّا بِالتَّرَاضِي، أَوْ قَضَاءِ القَاضِي كَمَا فِي الرُّجُوعِ وَالهِبَةِ. وَتَظْهَرُ فَائِدَةُ هَذَا: فِيمَا إِذَا مَاتَ الشَّفِيعُ بَعْدَ الطَّلَبَيْنِ وَبَاعَ دَارَهُ المُسْتَحَقَّ بِهَا الشُّفْعَةُ، أَوْ بِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِ الدَّارِ المَشْفُوعَةِ قَبْلَ حُكْمِ الحَاكِمِ، أَوْ تَسْلِيمِ المُخَاصِمِ لَا تُورَّثُ عَنْهُ فِي الصُّورَةِ الأُولَى، وَتَبْطُلُ شُفْعَتُهُ فِي الثَّانِيَةِ، وَلَا يَسْتَحِقُّهَا فِي الثَّالِثَةِ، لِانْعِدَامِ المِلْكِ لَهُ. ثُمَّ قَوْلُهُ: «تَجِبُ بِعَقْدِ البَيْعِ» بَيَانٌ أَنَّهُ لَا يَجِبُ إِلَّا عِنْدَ مُعَارَضَةِ المَالِ بِالمَالِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بَابُ طَلَبِ الشُّفْعَةِ وَالخُصُومَةِ فِيهَا

الاتصال)[1]، **(والبيع يعرفها)** أي: رغبة البائع عنه.

قوله: (حق ضعيف يبطل بالإعراض)، قال ﷺ: «**الشُّفعةُ كَحَلِّ العُقالِ إِنْ قَيدٌ ثَبَتَ**»، وهو كناية عن سرعة سقوطه.

قوله: (أو قضاء القاضي) في الذخيرة: للشفيع أن يمتنع من الأخذ، وإن بدل المشتري له حتى يقضي القاضي؛ لأن في القضاء زيادة فائدة، وهي معرفة القاضي سبب ملكه، وعلمه بمنزلة شهادة شاهدين، وكان الأخذ بالقضاء أحوط.

قوله: (وتظهر فائدة هذا) وهو توقف الملك في المشفوعة إلى التراضي أو القضاء بعد الطلبين. والله أعلم.

بَابُ طَلَبِ الشُّفْعَةِ وَالْخُصُومَةِ فِيهَا

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه.

---

(١) انظر المتن ص ٦٥٨.

قَالَ: (وَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالبَيْعِ، أَشْهَدَ فِي مَجْلِسِهِ ذَلِكَ عَلَى المُطَالَبَةِ) اعْلَمْ أَنَّ الطَّلَبَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: طَلَبُ المُوَاثَبَةِ، وَهُوَ أَنْ يَطْلُبَهَا كَمَا عَلِمَ، حَتَّى لَوْ بَلَغَ الشَّفِيعُ البَيْعَ وَلَمْ يَطْلُبْ شُفْعَةً بَطَلَتْ الشُّفْعَةُ، لِمَا ذَكَرْنَا، وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

قوله: (طلب المواثبة) سُمِّي به تبركًا بلفظ الحديث، قال ﷺ: «**الشّفعةُ لِمَنْ واثَبَها**»، أي: طَلَبَها على وجه السرعة والمبادرة، وهي مفاعلة من الوثوب على الاستعارة؛ لأن من يثب يسرع في طَيِّ الأرض بمشيه.

(وهو) أي: طلب المواثبة أن يطلبها كما علم، سواء كان عنده أحد أو لا.

وفي شرح الأقطع: وإنما يفعل ذلك وإن لم يكن عنده أحد؛ لئلا يسقط حقه ديانة.

وفي المبسوط: لكي يتمكن من الحلف إذا حَلَّفه المشتري.

وفي المغني: لو علم البيع فسكت لا تبطل شفعته، حتى يعلم المشترى أو الثمن ثم يترك هذا الطلب تبطل شفعته عندنا، والشافعي في الجديد، وأحمد على المنصوص منه، وابن شبرمة، والبتي، والأوزاعي، والعنبري.

وعن أحمد في رواية الشفعة على التراخي فلا تسقط ما لم يوجد منه دليل على الرضا بالسقوط من عفو ومطالبة بقسمة، وهو قول مالك، والشافعي في قول، وابن أبي ليلى، والثوري، إلا أن مالكًا قال: تنقطع بمضي سنة، وعنه: بمضي مدة تُعلِمُ أنه تارك لها، وعنه: بمضي أربعة أشهر؛ لأن الشفعة حق ثابت فلم يسقط بالتأخر كحق القصاص، ولا ضرر له في تراخيه، ولا عدم النفع للمشتري؛ لأنه يستغل المبيع ولو أحدث فيه عمارة من غراس وبناء فله قيمته.

وقدَّرَ ابن أبي ليلى، والثوري أن الخيار مقدر بثلاثة أيام، وهو أحد أقوال الشافعي؛ لأن الثلاث صلحت حدًّا لمدة خيار الشرط، فصلحت لهذا الخيار أيضًا؛ لأن الشفيع يحتاج إلى النظر والتأمل أنه ينتفع بجوار هذا المشتري، فلا يطلب الشفعة، أو يتضرر فيطلب، فصار كخيار الشرط.

ولنا ما روى [ابن][1] البيلماني عن أبيه عن عمر أنه ﷺ قال: «**الشُّفعَةُ كَحَلِّ**

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَالسَّلَامُ: «الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا» وَلَوْ أُخْبِرَ بِكِتَابٍ وَالشُّفْعَةُ فِي أَوَّلِهِ، أَوْ فِي وَسَطِهِ، فَقَرَأَ الكِتَابَ إِلَى آخِرِهِ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وَعَلَى هَذَا عَامَّةُ المَشَايِخِ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ.

وَعَنْهُ: أَنَّ لَهُ مَجْلِسَ العِلْمِ، وَالرِّوَايَتَانِ فِي النَّوَادِرِ. وَبِالثَّانِيَةِ أَخَذَ الكَرْخِيُّ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ لَهُ خِيَارُ التَّمَلُّكِ لَا بُدَّ لَهُ مِن زَمَانِ التَّأَمُّلِ كَمَا فِي المُخَيَّرَةِ، وَلَوْ قَالَ بَعْدَمَا بَلَغَهُ البَيْعُ الحَمْدُ لِلَّهِ أَوْ «لَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللَّهِ» أَوْ قَالَ «سُبْحَانَ اللَّهِ» لَا

العُقَالِ» وفي رواية (كَنَشْطِ العُقَالِ إن قُيِّدَتْ ثَبتَتْ وإن تُرِكَتْ فاللَّومُ علَى مَن تَرَكَها» وروى الفقهاء في كتبهم أنه عليه الصلاة السلام قال «**الشُّفعةُ لِمَنْ واثَبَها**».

ولأنه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب، ولأن السكوت عن الطلب بعد العلم بالعقد دليل الرضى بمجاورة المشتري، ودليل الرضى كصريحه إذ لو [لم][(١)] يجعل سكوته دليل الرضى لتضرر المشتري على تقدير التصرف فيه اعتمادًا على سكوته، كذا في المبسوط.

قوله: [٢/ ٣٨٢/ أ] (**وهو رواية عن محمد**)، وفي المحيط: وهي رواية مشهورة صحيحة، وعليه عامة المشايخ، وبه قال الشافعي في الأصح، وأحمد في المنصوص.

قوله: (كما في المخيرة)، فإن لها الخيار ما دامت في مجلسها، والجامع حاجة الرأي والتأمل، ولأن الشرع أوجب له حق التملك ببدل، ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه، فهذا مثله.

(**ولو قال بعدما بلغه الخبر: الحمد لله**) أي: على رواية الكرخي: (**لو قال بعد البيع: الحمد لله**) إلى آخره، يعني هذه الألفاظ لا تدل على الإعراض؛ لأن الأول حمد على الخلاص من سواء جوار البائع مع الأمن من ضرر الدخيل بالشفعة، والثاني تعجب منه لقصد إضراره، والثالث لافتتاح كلامه كما هو عرف بعض الناس، فإنهم يفتتحون كلامهم بسبحان الله.

وكذا إذا قال: من ابتاعها؟ وبكم بيعت؟ فليس بإعراض؛ لأنه قد يرضى

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ: حَمْدٌ عَلَى الخَلَاصِ مِن جِوَارِهِ وَالثَّانِيَ: تَعَجُّبٌ مِنهُ لِقَصْدِ إِضْرَارِهِ، وَالثَّالِثَ: لِافْتِتَاحِ كَلَامِهِ فَلَا يَدُلُّ شَيْءٌ مِنهُ عَلَى الإِعْرَاضِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ مَنْ ابْتَاعَهَا: وَبِكَمْ بِيعَتْ؛ لِأَنَّهُ يَرْغَبُ فِيهَا بِثَمَنٍ دُونَ ثَمَنٍ وَيَرْغَبُ عَنْ مُجَاوَرَةِ بَعْضٍ دُونَ بَعْضٍ، وَالمُرَادُ بِقَوْلِهِ فِي الكِتَابِ: أَشْهَدُ فِي مَجْلِسِهِ ذَلِكَ عَلَى المُطَالَبَةِ طَلَبَ المُوَاثَبَةِ، وَالإِشْهَادُ فِيهِ لَيسَ بِلَازِمٍ، إِنَّمَا هُوَ لِنَفْيِ التَّجَاحُدِ وَالتَّقْيِيدُ بِالمَجْلِسِ إِشَارَةٌ إِلَى مَا اخْتَارَهُ الكَرْخِيُّ.

وَيَصِحُّ الطَّلَبُ بِكُلِّ لَفْظٍ يُفْهَمُ مِنهُ طَلَبُ الشُّفْعَةِ، كَمَا لَوْ قَالَ: طَلَبْت الشُّفْعَةَ، أَوْ أَطْلُبُهَا، أَوْ أَنَا طَالِبُهَا؛ لِأَنَّ الِاعْتِبَارَ لِلْمَعْنَى، ....

بمجاورة إنسان دون غيره، وقد يصلح له بثمن دون ثمن، فكان التعرف عن هذا تحقيقًا للطلب لا إعراضًا.

قوله: (والإشهاد فيه) أي: في طلب المواثبة (ليس بلازم) لأن طلب المواثبة ليس لإثبات الحق، وإنما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة، حتى يمكنه الحلف حين طلب المشتري حلفه أنه طلبها كما سمع.

وفي الذخيرة: وإنما ذكر أصحابنا الإشهاد عند الطلب لا لأنه شرط صحة هذا الطلب، بل لاعتبار ثبوته على المشتري عند إنكاره الطلب.

كما قالوا: إذا وهب لابنه الصغير وأشهد على ذلك فما ذكروا الإشهاد لصحة الهبة، بل لإثباتها عند إنكار الأب، وكما ذكروا الإشهاد في الحائط المائل على طريق الاحتياط لا لأنه شرط صحة التفريع.

قوله: (لأن الاعتبار للمعنى)، إذ في العرف يراد بهذه الألفاظ الطلب للحال لا الخبر عن أمر خاص مستقبل، حتى قال الفضلي: إذا سمع الرستاقي [بيع][1] أرض بجنب أرض وقال: شفعة شفعة كان ذلك منه طلبًا كذا في الذخيرة.

وفي المغني: قيل: لو قال طلبت الشفعة وأخذتها بطلت شفعته؛ لأن كلامه

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

وَإِذَا بَلَغَ الشَّفِيعُ بَيْعَ الدَّارِ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الإِشْهَادُ حَتَّى يُخْبِرَهُ رَجُلَانِ، أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ، أَوْ وَاحِدٌ عَدْلٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُشْهِدَ إِذَا أَخْبَرَهُ وَاحِدٌ حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا صَبِيًّا كَانَ أَوْ امْرَأَةً إِذَا كَانَ الخَبَرُ حَقًّا(*).

وقع كذبًا في الابتداء، فصار كالسكوت، والصحيح أنه طلب ولا تبطل به الشفعة؛ لأنها كالإنشاء عرفًا كما في: بعت واشتريت.

وفي المحيط: ولو قال: طلبت الشفعة وأطلبها بطلت شفعته، وكذا لو قال: الشفعة لي أطلبها، تبطل. ولو قال للمشتري: أنا شفيعك وآخذ الدار منك تبطل شفعته، ولو كان المشتري واقفًا مع أبيه فسلّم قبل الطلب، إن سلّم على الأب تبطل، وإن سلّم على الابن لا.

ولو قال المشتري بالفارسية: (شفعت خواتيم) بطلت شفعته، ولو قال للمشتري: بارك الله في صفقتك، أو دعا له بالمغفرة بعد السلام عليه قبل الطلب تبطل شفعته، وقال الشافعي: لا تبطل؛ لأن ذلك من تتمة السلام.

قلنا: كلام بلا ضرورة ولا عرف فيه فتبطل شفعته.

وفي فتاوى قاضي خان: لو أدركت الصغيرة وثبت لها خيار البلوغ والشفعة فلو قدمت أحدهما يبطل الآخر، فالحيلة أن تقول: طلبت حقين في الشفعة والخيار، وكذا لو زعم الشفيع أن رقبة الدار المبيعة له، ويخاف أنه لو ادعى رقبته تبطل شفعته؛ لأن مالك الدار لا يكون شفيعًا، وإن ادعى الشفعة لا يمكنه دعوى الدار بعده.

قالوا: الحيلة أن يقول هذه الدار لي، وأنا أدعي رقبتها، فإن وصَلْتُ إليها وإلا فأنا على شفعتي فيها؛ لأن هذه الجملة كلام واحد فلم يتحقق منه السكوت عن طلب الشفعة.

قوله: (وواحد عدل عند أبي حنيفة)، وبه قال الشافعي في وجه، وأحمد في رواية، والمستور كالعدل عند أبي حنيفة، وزفر، وأحمد في رواية، والمرأة في ذلك كالرجل، والحرُّ كالعبد، وبه قال أحمد.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

وَأَصْلُ الِاخْتِلَافِ فِي عَزْلِ الوَكِيلِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ بِدَلَائِلِهِ، وَأَخَوَاتِهِ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَهَذَا بِخِلَافِ المُخَيَّرَةِ إِذَا أَخْبَرَتْ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِلْزَامُ حُكْمٍ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَخْبَرَهُ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ خَصْمٌ فِيهِ وَالعَدَالَةُ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ فِي الخُصُومِ. وَالثَّانِي: طَلَبُ التَّقْرِيرِ وَالإِشْهَادِ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ لِإِثْبَاتِهِ عِنْدَ القَاضِي عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَلَا يُمْكِنُهُ الإِشْهَادُ ظَاهِرًا عَلَى طَلَبِ المُوَاثَبَةِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى فَوْرِ العِلْمِ بِالشِّرَاءِ فَيَحْتَاجُ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَى طَلَبِ الإِشْهَادِ وَالتَّقْرِيرِ، وَبَيَانُهُ مَا قَالَ فِي الكِتَابِ (ثُمَّ يَنْهَضُ مِنهُ) يَعْنِي: مِن المَجْلِسِ (وَيَشْهَدُ عَلَى البَائِعِ إِنْ كَانَ المَبِيعُ فِي يَدِهِ) مَعْنَاهُ: لَمْ يُسَلَّمْ إِلَى المُشْتَرِي

وللشافعي فيه وجهان: أحدهما: كقولنا، والثاني: لا يسقط بخبر المرأة والعبد، كما في خبر الفاسق والصبي، وبه قال القاضي الحنبلي.

وهذا الخلاف فيما إذا لم يصدق الشفيع المخبر، أما لو صدقه فسكت تبطل شفعته بخبر كل مخبر مميز.

قوله: (فيما تقدم) أي: في آخر فصل القضاء بالمواريث، وأراد بأخواته المولى إذا أخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر.

قوله: (بخلاف المخيرة) يعني إذا أخبر المرأة أن زوجها خيَّرها مخيّر مميّز صارت مُخيَّرة عند أبي حنيفة رحمه الله سواء كان المخير عدلًا أو لا، حتى لو اختارت [٢/ ٣٨٢/ ب] نفسها في مجلس الخبر يقع الطلاق وإلا فلا، ولا يشترط في المُخبِر [أحد][(١)] شطري الشهادة.

(لأنه ليس فيه) أي: خيار المخيرة إلزام حكم بل هو إبقاء ما كان على ما كان، وفي حق الشفيع إلزام حيث يلزمه ضرر سوء الجوار، وفي بعض النسخ أما في الشفعة إلزام الكف عن طلب الشفعة عند السكوت، وهذه النسخة غير مشهورة.

(وبخلاف ما إذا أخبره المشتري) أي لا يشترط عنده أيضًا في المشتري أحد شطري الشهادة.

قوله: (إن كان المبيع في يده) أي: في يد البائع، أما إذا لم يكن في يده.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(أَوْ عَلَى الْمُبْتَاعِ أَوْ عِنْدَ العَقَارِ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ: اسْتَقَرَّتْ شُفْعَتُهُ) وَهَذَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا خَصْمٌ فِيهِ؛ لِأَنَّ لِلْأَوَّلِ اليَدَ وَلِلثَّانِي المِلْكَ، وَكَذَا يَصِحُّ الإِشْهَادُ عِنْدَ

ذكر القدوري والناطفي: لا يصح الطلب منه؛ لأنه لم يبق له يد ولا ملك، فصار كالأجنبي.

وذكر الإمام أحمد الطواوسي، والشيخ الإمام خواهر زاده: يصح استحسانًا؛ لأن الإشهاد حصل على العاقد؛ فيصح كما يصح على المشتري.

قوله: (أو على المبتاع) أي: على المشتري سواء كانت الدار في يده أو لا؛ لأن الملك له، ويأخذ الشفعة منه عند العقار؛ لتعلق الحق به، فإذا فعل ذلك استقرت شفعته، ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن، حتى لو لم يطلب بعد التمكن بطلت شفعته دفعًا للضرر عن المشتري؛ لأنه ربما يتصرف فيها على تقدير أنه لا يطلب الشفعة، ثم يطلب بعد زمان، فينقض تصرفاته في الدار فيتضرر، ثم إذا تأخر تعذر بأن علم في الليل فأخّره إلى الصبح، أو أقيمت الصلاة، أو يخاف فوت الصلاة فأخَّره لا تسقط، وبه قال الشافعي، وأحمد.

وفي المحيط: لو صلى بعد الظهر ركعتين لا تبطل شفعته، ولو صلى أكثر تبطل، ولو صلى بعد الجمعة أربعًا لا تبطل، ولو صلى أكثر من أربع تبطل، وكذا لو سمع في الأربع قبل الظهر فأتمها أربعًا لا تبطل.

وفي مبسوط شيخ الإسلام: الشفيع إنما يحتاج إلى طلب الإشهاد بعد طلب المواثبة، إذا لم يمكنه الإشهاد عند طلب المواثبة بأن سمع الشراء جاء غيبة المشتري أو البائع أو الدار، أما إذا سمع الشراء عند حضرة أحد هؤلاء، وطلب المواثبة، وأشهد على ذلك، فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين، فلو ترك الأقرب من هذه الثلاثة وقصد الأبعد فإن كانوا جملة في مصر واحد فالقياس أن تبطل شفعته.

وفي الاستحسان: لا تبطل لأن نواحي المصر كناحية واحدة حكمًا، أما لو كان أحد الثلاثة في المصر والآخران في مصر آخر أو في رستاق، فقصد الأبعد وترك الأقرب بطلت شفعته استحسانا، وقياسا؛ لأنهما لم يجعلا كمكان واحد حكمًا.

المَبِيعِ؛ لِأَنَّ الحَقَّ مُتَعَلِّقٌ بِهِ، فَإِنْ سَلَّمَ البَائِعُ المَبِيعَ: لَمْ يَصِحَّ الإِشْهَادُ عَلَيْهِ لِخُرُوجِهِ مِن أَنْ يَكُونَ خَصْمًا، إِذْ لَا يَدَ لَهُ وَلَا مِلْكَ فَصَارَ كَالأَجْنَبِيِّ. وَصُورَةُ هَذَا الطَّلَبِ أَنْ يَقُولَ: إِنَّ فُلَانًا اشْتَرَى هَذِهِ الدَّارَ وَأَنَا شَفِيعُهَا وَقَدْ كُنْت طَلَبْت الشُّفْعَةَ وَأَطْلُبُهَا الآنَ فَاشْهَدُوا عَلَى ذَلِكَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يُشْتَرَطُ تَسْمِيَةُ المَبِيعِ وَتَحْدِيدُهُ؛ لِأَنَّ المُطَالَبَةَ لَا تَصِحُّ إِلَّا فِي مَعْلُومٍ. وَالثَّالِثُ، طَلَبُ الخُصُومَةِ وَالتَّمَلُّكِ، وَسَنَذْكُرُ كَيْفِيَّتَهُ مِن بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَلَا تَسْقُطُ الشُّفْعَةُ بِتَأْخِيرِ هَذَا الطَّلَبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ تَرَكَهَا شَهْرًا بَعْدَ الإِشْهَادِ بَطَلَتْ)(*) وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، مَعْنَاهُ: إِذَا تَرَكَهَا مِن غَيْرِ عُذْرٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ إِذَا تَرَكَ المُخَاصَمَةَ فِي مَجْلِسٍ مِن

قوله: (وهو رواية عن أبي يوسف) أي: قول أبي حنيفة، وبه قال الشافعي، وأحمد، وقول محمد رواية عن أبي يوسف أيضًا.

قوله: (معناه إذا تركها من غير عذر) وفي الذخيرة، والمغني: لو ترك المرافعة إلى القاضي بعد الطلبين بعذر مرض أو حبس أو عدم قدرته على التوكيل بالطلب لم تبطل شفعته بالإجماع، أما لو ترك المرافعة بغير عذر لا تبطل عند أبي حنيفة، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وهو رواية عن أبي يوسف.

وعند محمد، وأبي يوسف في رواية: إذا طالت المدة تبطل، وهو قول زفر، واختلفت الرواية عنهما في طول المدة، وفي رواية: مقدر بثلاثة أيام، وفي رواية أخرى: مقدر بشهر، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف.

قال شيخ الإسلام، وقاضي خان في جامعه، وصاحب المنافع: والخلاصة الفتوى على هذا، فكان ما اختاره في الكتاب بأن الفتوى على قول أبي حنيفة خلافًا لرواية هذه الكتب.

وفي الذخيرة، والمغني: لو ترك المرافعة خوفًا أن القاضي يبطل شفعته بأنه لا يرى الشفعة على الجوار فهو على شفعته.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة لكن الفتوى اليوم على قول محمد.

مَجَالِسِ القَاضِي تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَضَى مَجْلِسٌ مِن مَجَالِسِهِ وَلَمْ يُخَاصِمْ فِيهِ اخْتِيَارًا دَلَّ ذَلِكَ عَلَى إِعْرَاضِهِ وَتَسْلِيمِهِ. وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَسْقُطْ بِتَأْخِيرِ الخُصُومَةِ مِنهُ أَبَدًا يَتَضَرَّرُ بِهِ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ التَّصَرُّفُ حَذَارِ نَقْضِهِ مِن جِهَةِ الشَّفِيعِ فَقَدَّرْنَاهُ بِشَهْرٍ؛ لِأَنَّهُ آجِلٌ، وَمَا دُونَهُ عَاجِلٌ عَلَى مَا مَرَّ فِي الأَيْمَانِ. وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ ظَاهِرُ المَذْهَبِ وَعَلَيْهِ الفَتْوَى: أَنَّ الحَقَّ مَتَى ثَبَتَ وَاسْتَقَرَّ لَا يَسْقُطُ إِلَّا بِإِسْقَاطِهِ وَهُوَ التَّصْرِيحُ بِلِسَانِهِ كَمَا فِي سَائِرِ الحُقُوقِ، وَمَا ذَكَرَ مِن الضَّرَرِ يُشْكِلُ بِمَا إِذَا كَانَ غَائِبًا، ....

قوله: (على ما مر في الأيمان) أي: في مسألة لِيقضِيَنَّ حقَّهُ عاجلًا.

قوله: (وما ذكر) أي: محمد (من الضرر [يشكل][1] بما إذا كان) أي: الشفيع (غائبًا) أي: لا فرق في لزوم الضرر على المشتري بين أن يكون الشفيع حاضرًا أو غائبًا ثم لم يعتبر ضرورة في الشفيع الغائب، حيث لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق فيجب أن لا تبطل فيما إذا كان الشفيع حاضرًا.

وفي الذخيرة: لو كان الشفيع غائبًا ينبغي أن يطلب طلب المواثبة، ثم له من الأجل على قدر المسير إلى المشتري أو البائع أو الدار المبيعة لطلب الإشهاد، ولو قدم المصر وتغيب المشتري وطلب طلب الإشهاد على البائع أو عند الدراهم، ثم تركت طلب التمليك لا تبطل شفعته، وإن طال ذلك بلا [٢/ ٣٨٣/ أ] خلاف؛ لأن ذلك ترك بعذر؛ إذ لا يمكنه اتباع المشتري لأجل الخصومة؛ لأنه كلما [قدم][2] مصرًا فيه المشتري ليأخذ منه يهرب المشتري إلى مصر آخر.

ثم الشفعة تثبت للغائب عند جمهور العلماء إلا عند النخعي، والعكلي، والبَتِّي حيث قالوا لا شفعة للغائب؛ لأن في إثباته ضررًا بالمشتري، حيث لا يستقر على تصرف في ملكه على حسب اختياره خوفًا من أخذه، فلم يثبت ذلك كثبوته للحاضر على التراخي، وللجمهور عموم الأحاديث، وما ذكرنا من أن ضرر الشفيع فوق ضرر المشتري.

---

(١) بياض في الأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَلَا فَرْقَ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي بَيْنَ الحَضَرِ وَالسَّفَرِ، وَلَوْ عُلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي البَلَدِ قَاضٍ لَا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ بِالتَّأْخِيرِ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَكَّنُ مِن الخُصُومَةِ إِلَّا عِنْدَ القَاضِي فَكَانَ عُذْرًا.

قَالَ: (وَإِذَا تَقَدَّمَ الشَّفِيعُ إِلَى القَاضِي، فَادَّعَى الشِّرَاءَ وَطَلَبَ الشُّفْعَةَ، سَأَلَ القَاضِي المُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِمِلْكِهِ الَّذِي يَشْفَعُ بِهِ، وَإِلَّا كَلَّفَهُ بِإِقَامَةِ البَيِّنَةِ) لِأَنَّ اليَدَ ظَاهِرٌ مُحْتَمِلٌ فَلَا تَكْفِي لِإِثْبَاتِ الِاسْتِحْقَاقِ. قَالَ ﷺ: يَسْأَلُ القَاضِي المُدَّعِيَ قَبْلَ أَنْ يُقْبِلَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ عَنْ مَوْضِعِ الدَّارِ وَحُدُودِهَا؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى حَقًّا

قوله: (لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق) أي: باتفاق أصحابنا، وقال الشافعي: تبطل لأن الأخذ بالشفعة لا يفتقر إلى حكم الحاكم عندهما؛ لأنه حق ثبت بالإجماع والنص، فلا يفتقر إلى الحكم كالرد بالعيب، وقلنا: هو نقل الملك عن مالكه إلى غيره قهرًا فيحتاج إلى الحكم.

قوله: (وإذا تقدم الشفيع) إلى آخره هذا هو طلب الخصومة الذي وعده بقوله: (وسنذكر كيفيته من بعد).

قوله: (لأن اليد ظاهر محتمل) فيحتمل أنه يد ملك وغير ذلك المحتمل لا يصلح أن يكون حجة عندي.

وقال زفر، وأبو يوسف في رواية: يستحق بظاهر اليد، إذ اليد دليل، ولهذا أحل للشاهد أن يشهد بالملك بمجرد اليد.

قوله: (يسأل القاضي المدعي) أي: مدعي الشفعة (قبل أن يقبل) إلى آخره (عن موضع الدار) أي: الدار المشفوعة (وحدودها) لأن العقار يعرف بالحدود وموضعه؛ فيشترط بيانه لتكون الدعوى في المعلوم، إذ الدعوى في المجهول لا تصح، ثم بعد ذلك يسأله القاضي أن المشتري قبضها أم لا؟ إذ لا تصلح الدعوى على المشتري إذا لم يقبض الدار ما لم يحضر البائع؛ لأن اليد للبائع، فإذا ذكر القبض ينبغي أن يسأله بأي سبب يدعي الشفعة؛ لاختلاف أسباب الشفعة؛ لينظر القاضي أن ما زعمه هل هو سبب؟

فإن على قول شريح تثبت الشفعة للجار المقابل، ولينظر بعد أن يكون سببًا

فِيهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا ادَّعَى رَقَبَتَهَا، وَإِذَا بَيَّنَ ذَلِكَ يَسْأَلُهُ عَنْ سَبَبِ شُفْعَتِهِ لِاخْتِلَافِ أَسْبَابِهَا، فَإِنْ قَالَ: أَنَا شَفِيعُهَا بِدَارٍ لِي تُلَاصِقُهَا الآنَ، تَمَّ دَعْوَاهُ عَلَى مَا قَالَهُ الخَصَّافُ. وَذَكَرَ فِي الفَتَاوَى تَحْدِيدَ هَذِهِ الدَّارِ الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا أَيْضًا، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الكِتَابِ المَوْسُومِ بِالتَّجْنِيسِ وَالمَزِيدِ. قَالَ: (فَإِنْ عَجزَ عَنْ البَيِّنَةِ، اسْتَحْلَفَ المُشْتَرِيَ «بِاللَّهِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ مَالِكٌ لِلَّذِي ذَكَرَهُ مِمَّا يُشْفَعُ بِهِ») مَعْنَاهُ: بِطَلَبِ الشَّفِيعِ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى عَلَيْهِ مَعْنًى لَوْ أَقَرَّ بِهِ لَزِمَهُ، ثُمَّ هُوَ اسْتِحْلَافٌ عَلَى مَا فِي يَدِهِ فَيَحْلِفُ عَلَى العِلْمِ (فَإِنْ

هل هو محجوب بغيره أم لا؟ ويسأله القاضي بعد ذلك: متى عَلِمْتَ بالشراء؟ وكيف صَنعْتَ متى أُخبِرْتَ بالشراء؟ فإنما اختاروا الإخبار؛ لأن العلم لا يثبت إلا بدليل مقطوع به، والشفعة بترك الطلب بعد [وصول][1] الخبر، وإنما يسأله عن وقت الخبر لينظر القاضي أن المدة هل تطاولت من وقت الإخبار إلى وقت المرافعة؟ لما أن المدة إذا تطاولت لا يلتفت القاضي إلى دعواه عند أبي يوسف، ومحمد، وعليه الفتوى عند الأكثر.

ثم يسأله عن طلب المواثبة فلو قال: طلبت من غير لبث، يسأله عن طلب الإشهاد هل طلبه طلب الإشهاد بلا لبث وتقصير؟ فإن بيَّن ذلك سأله أن الذي طلب بحضرته هل هو كان أقرب من غيره؟ فإذا بيَّن فقد صح دعواه، فبعد ذلك يسأل المدعى عليه عن ملكه الذي يشفع به، فإن اعترف به حكم وإلّا كلّفه إقامة البينة كما بينا، الكل من الذخيرة.

هذا الذي ذكرنا من الذخيرة، مما أحال بيانه على الكتاب الموسوم بالتجنيس، والمزيد، وكلاهما اسم كتاب واحد للمصنف في الفتاوى، وقال فيه: ينبغي أن يقول: إنما أطلب الشفعة بدارٍ اشتريتها من فلان التي أحد حدودها كذا، والثاني، والثالث، والرابع؛ لأن الدار إنما تصير معلومة بذكر الحدود؛ وبين حدود الدار المشتراة أيضًا؛ لأن الدعوى إنما تصح بعد إعلام المدعى به، والإعلام بذكر الحدود.

قوله: (فيحلف على العلم)، وفي الذخيرة: هذا على قول أبي يوسف؛ لأنه

---

(١) بياض الأصل مقدار كلمة، والمثبت من النسخة الثانية.

نَكَلَ أَوْ قَامَتْ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ، ثَبَتَ مِلْكُهُ فِي الدَّارِ الَّتِي يَشْفَعُ بِهَا، وَثَبَتَ الجِوَارُ، فَبَعْدَ ذَلِكَ سَأَلَهُ القَاضِي: يَعْنِي المُدَّعَى عَلَيْهِ (هَلْ ابْتَاعَ أَمْ لَا؟ فَإِنْ أَنْكَرَ الِابْتِيَاعَ قِيلَ لِلشَّفِيعِ: أَقِمْ البَيِّنَةَ)؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ لَا تَجِبُ إِلَّا بَعْدَ ثُبُوتِ البَيْعِ وَثُبُوتُهُ بِالحُجَّةِ. قَالَ: (فَإِنْ عَجزَ عَنْهَا اسْتَحْلَفَ المُشْتَرِيَ «بِاَللَّهِ مَا ابْتَاعَ»، أَوْ «بِاَللَّهِ مَا اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ فِي هَذِهِ الدَّارِ شُفْعَةً مِن الوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَهُ») فَهَذَا عَلَى الحَاصِلِ، وَالأَوَّلُ عَلَى السَّبَبِ وَقَدْ اسْتَوْفَيْنَا الكَلَامَ فِيهِ فِي الدَّعْوَى، وَذَكَرْنَا الِاخْتِلَافَ بِتَوْفِيقِ اللَّهِ، وَإِنَّمَا يُحَلِّفُهُ عَلَى البَتَاتِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِحْلَافُ فِعْلِ نَفْسِهِ وَعَلَى مَا فِي يَدِهِ أَصَالَةً، وَفِي مِثْلِهِ يَحْلِفُ عَلَى البَتَاتِ.

قَالَ: (وَتَجُوزُ المُنَازَعَةُ فِي الشُّفْعَةِ، وَإِنْ لَمْ يُحْضِرِ الشَّفِيعُ الثَّمَنَ إِلَى مَجْلِسِ القَاضِي، فَإِذَا قَضَى القَاضِي بِالشُّفْعَةِ: لَزِمَهُ إِحْضَارُ الثَّمَنِ) وَهَذَا ظَاهِرُ رِوَايَةِ الأَصْلِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ لَا يَقْضِي حَتَّى يُحْضِرَ الشَّفِيعُ الثَّمَنَ، وَهُوَ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ عَسَاهُ يَكُونُ مُفْلِسًا فَيَتَوَقَّفُ القَضَاءُ عَلَى إِحْضَارِهِ حَتَّى لَا يَتْوِيَ مَالُ المُشْتَرِي. ....

استحق الشفعة بمجرد اليد عنده، أما عند محمد: فيحلف على البتات؛ لأنه يدعي عليه استحقاق الشفعة كما ذكرنا بهذا السبب، وصار كما لو ادعى الملك بسبب الشراء أو غيره، وهناك يحلف على البتات فكذا هاهنا.

قوله: (وقد ذكرنا الاختلاف) أي: من فصل كيفية العين[1]، والاستحلاف في الدعوى في قوله: (وهذا قول أبي حنيفة، ومحمد، أما على قول أبي يوسف، يحلف في جميع ذلك على السبب)، إلى آخره[2].

قوله: (وهذا ظاهر الأصل) وبه قالت الأئمة الثلاثة، وابن شبرمة، إلّا عند الشافعي، وابن شبرمة، ينتظر ثلاثة أيام، فإن أحضر وإلّا فسخ عليه، وعند مالك، وأحمد: ينتظر يومًا أو يومين وإلا يفسخ عليه.

قوله: (فيتوى مال المشتري) فقد قال ﷺ: [٢/ ٣٨٣/ب] «لَا تَوَى عَلَى

---

(١) في النسخة الثانية: (في فصل كيفية الثمن).

(٢) انظر: باب اليمين، فصل: في كيفية اليمين والاستحلاف.

وَجْهُ الظَّاهِرِ: أَنَّهُ لَا ثَمَنَ لَهُ عَلَيْهِ قَبْلَ القَضَاءِ، وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ تَسْلِيمُهُ، فَكَذَا لَا يُشْتَرَطُ إِحْضَارُهُ (وَإِذَا قَضَى لَهُ بِالدَّارِ: فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ) وَيَنْفُذُ القَضَاءُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ، وَوَجَبَ عَلَيْهِ الثَّمَنُ فَيُحْبَسُ فِيهِ، فَلَوْ أَخَّرَ أَدَاءَ الثَّمَنِ بَعْدَمَا قَالَ لَهُ: ادْفَعْ الثَّمَنَ إِلَيْهِ، لَا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ؛ لِأَنَّهَا تَأَكَّدَتْ بِالخُصُومَةِ عِنْدَ القَاضِي.

مالِ امرئٍ مُسلم»[(١)] .(ووجه ظاهر الرواية أنه لا ثمن له عليه) أي: لا ثمن للمشتري على الشفيع قبل القضاء، فلا يتمكن المشتري من مطالبته، فكيف يجب إحضاره؟

وفي شرح الطحاوي: لا ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الثمن، أما لو قضى ينفذ قضاؤه، ووجب عليه الثمن، فيحبس المشتري المبيع حتى يحضر الشفيع، ولو قال الشفيع: ليس عندي الثمن، أحضره اليوم وغدًا أو ما أشبه ذلك، فالقاضي لا يلتفت إلى ذلك ويبطل حقه في الشفعة.

ثم قال: والفرق بين البائع والمشتري، وبين الشفيع والمشتري، فإن المشتري في البيع لو ماطل لا يبطل الشراء، وهاهنا يبطل، أن البائع أزال ملكه قبل وصول الثمن إليه، فقد أضر بنفسه عن اختياره فلا ينظر له بإبطال ملك المشتري، وإنما ينظر بإثبات ولاية الحبس.

فأما المشتري هاهنا فلا يزيل ملكه عن نفسه باختياره ليقال: أضرَّ بنفسه قبل وصول الثمن إليه، بل الشفيع يتملك عليه كرهًا دفعًا للضرر عن نفسه، وإنما يجوز للإنسان دفع الضرر عن نفسه عن وجه لا يضر غيره، ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة إذا قال الشفيع: ليس عندي الثمن، أو قال أحضره غدًا، كذا في الذخيرة.

قوله: (لا تبطل شفعته) وفي الكافي: عند محمد. (لأنها) أي: الشفعة (تأكدت بالخصومة عند القاضي) وبالقضاء للشفيع أيضًا.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨/ ٢٧٠ رقم ١٥١٧٩) عن إبراهيم قال: كان يقال: "لا توى على مال مسلم، يرجع على غريمه الأول"، هذا في الإحالة، قال: قلنا: وإن أخذ بعض حقه؟ قال: وإن، كان يقال: "لا توى على حق مسلم".

قَالَ: (وَإِنْ أَحْضَرَ الشَّفِيعُ البَائِعَ، وَالمَبِيعُ فِي يَدِهِ، فَلَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ فِي الشُّفْعَةِ) لِأَنَّ اليَدَ لَهُ، وَهِيَ يَدٌ مُسْتَحَقَّةٌ وَلَا يَسْمَعُ القَاضِي البَيِّنَةَ حَتَّى يَحْضُرَ المُشْتَرِي، فَيَفْسَخَ البَيْعَ بِمَشْهَدٍ مِنهُ وَيَقْضِيَ بِالشُّفْعَةِ عَلَى البَائِعِ، وَيَجْعَلَ العُهْدَةَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ المِلْكَ لِلْمُشْتَرِي وَاليَدَ لِلْبَائِعِ، وَالقَاضِي يَقْضِي بِهِمَا لِلشَّفِيعِ، فَلَا بُدَّ مِن حُضُورِهِمَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الدَّارُ قَدْ قُبِضَتْ حَيْثُ لَا يُعْتَبَرُ حُضُورُ البَائِعِ؛ لِأَنَّهُ

قوله: (وهي يد مستحقة) يعني لا يتمكن المشتري من إبطاله كرهًا.

قوله: (فلا بد من حضورهما) أي: حضور البائع والمشتري، إذ الشفيع يريد استحقاق الملك واليد، ولأن أخذه من يد البائع يوجب انفساخ البيع بين البائع والمشتري، وذا لا يتم إلا بمحضر من المشتري؛ فيشترط حضورهما، ثم الأخذ من يد البائع يجوز عندنا، والشافعي في وجه، وأحمد.

وقال الشافعي في قول، وأحمد في رواية: يجبر الحاكم المشتري حتى يقبضه من يد البائع، فيأخذ الشفيع من يده؛ لأن الشفيع يشتري المبيع من المشتري، فلا يأخذه من غيره، والعهدة على المشتري بكل حال عند الشافعي، ومالك، وأحمد.

وعند ابن أبي ليلى، والبَتِّي: على البائع بكل حال، وعندنا إن أخذه من يد البائع فالعهدة إليه، وإن أخذه من يد المشتري فالعهدة عليه.

وفي الذخيرة، والإيضاح: فإن أخذها من يد البائع فالعهدة عليه؛ لأن بالأخذ من يد البائع ينفسخ العقد الذي جرى بين البائع والمشتري، ويقع التملك على البائع، هو المذهب عندنا، ثم قال: وقيل: معنى انتقاض البيع بين البائع والمشتري، الانتقاض في حق الإضافة إليه، فإن قول البائع للمشتري: بعت هذه الدار إثبات للبيع.

وقوله: (منك) إضافة فإذا أخذها الشفيع صار ذلك البيع مضافًا إلى الشفيع، بعد أن كان مضافًا إلى المشتري، وانتقضت الإضافة إلى المشتري.

مثاله في المحسوس: من رمى سهمًا[1] إلى رجل فتقدم عليه غيره وأصاب

---

(١) في الأصل: (بينهما)، والمثبت من النسخة الثانية.

صَارَ أَجْنَبِيًّا، إِذْ لَا يَبْقَى لَهُ يَدٌ وَلَا مِلْكٌ. وَقَوْلُهُ: ....

السهم، فالرمي في نفسه لم ينقطع، ولكن التوجه إلى الأول انقطع بتخلل هذا الثاني، فخرج الأول من أن يكون مقصودًا بالرمي.

فإن قيل: يلزم على هذا ما ذكر في شفعة الجامع الكبير: أن المشتري لو اشترى دارًا قد رآها قبل الشراء فليس له خيار الرؤية، فلو أخذها الشفيع ثبت له خياره، ولو كان الأخذ بطريق التحول لما ثبت للشفيع، كالموكل إذا تملك المشتري من الوكيل تتحول الصفقة، فإنه لا يثبت له خيار الرؤية إذا لم يثبت لوكيله.

وكذا لو اشترى الدار وبرئ البائع من كل عيب ولم يقبضها المشتري، ثم أخذها الشفيع من يد البائع، فله أن يردها بالعيب، ولو كان الأخذ بطريق التحول من المشتري لما ثبت للشفيع [ولاية][1] الرد.

قلنا: تتحول إلى الشفيع من المشتري بتجديد عقد بينهما عند عامة المشايخ استدلالًا بما ذكرنا من المسألتين.

وعند بعض المشايخ: تتحول من غير تجديد عقد بين المشتري والشفيع، وأجابوا عن هاتين المسألتين: أن مقتضى العقد سلامة المعقود عليه من العيب، والبراءة عنه تثبت بشرط المشتري، والشرط وجد في حق المشتري لا في حق الشفيع.

وكذا المشتري رأى عيبًا بالدار عند الشراء وقبله، ولم ير الشفيع، كان له أن يردها بالعيب وخيار الرؤية؛ لأن عدم الرد بالعيب وخيار الرؤية بعارض من المشتري، ولم يوجد [٢/ ٣٨٤/أ] ذلك العارض من الشفيع، والأصل هو السلامة، كذا في الجامع الكبير للإمام المعروف بصدر حميد.

وأما مسألة الوكيل فإن الموكل أقام الوكيل مقام نفسه، ورضي بما فعل، فكان سقوط الخيار من الموكل ضررًا مرضيًّا بتوكيله، فلم يمكن الرد بخلاف الشفيع.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

فَيَفْسَخُ البَيْعَ بِمَشْهَدٍ مِنهُ إشَارَةٌ إلَى عِلَّةٍ أُخْرَى، وَهِيَ أَنَّ البَيْعَ فِي حَقِّ المُشْتَرِي إذَا كَانَ يَنْفَسِخُ لَا بُدَّ مِن حُضُورِهِ لِيَقْضِيَ بِالفَسْخِ عَلَيْهِ، ثُمَّ وَجْهُ هَذَا الفَسْخِ المَذْكُورِ: أَنْ يَنْفَسِخَ فِي حَقِّ الإِضَافَةِ لِامْتِنَاعِ قَبْضِ المُشْتَرِي بِالأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ وَهُوَ يُوجِبُ الفَسْخَ، إلَّا أَنَّهُ يَبْقَى أَصْلُ البَيْعِ لِتَعَذُّرِ انْفِسَاخِهِ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ بِنَاءٌ عَلَيْهِ، وَلَكِنَّهُ تَتَحَوَّلُ الصَّفْقَةُ إلَيْهِ وَيَصِيرُ كَأَنَّهُ هُوَ المُشْتَرِي مِنهُ، فَلِهَذَا يَرْجِعُ بِالعُهْدَةِ عَلَى البَائِعِ، بِخِلَافِ مَا إذَا قَبَضَهُ المُشْتَرِي فَأَخَذَهُ مِن يَدِهِ حَيْثُ تَكُونُ العُهْدَةُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالقَبْضِ. وَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ: امْتَنَعَ قَبْضُ المُشْتَرِي وَأَنَّهُ يُوجِبُ الفَسْخَ، وَقَدْ طَوَّلْنَا الكَلَامَ فِيهِ فِي «كِفَايَةِ المُنتَهِي» بِتَوْفِيقِ اللَّهِ تَعَالَى.

قوله: (إشارة إلى علة أخرى)، يعني اشتراط حضور المشتري معلول بعلتين:

إحداهما: يصير مقضيًا عليه في حق الملك؛ لأنه قال قبل هذا؛ لأن الملك للمشتري واليد للبائع، فلا بد من حضوره.

وثانيها: أن يصير مقضيًّا عليه بحق الفسخ كما ذكر هاهنا، فلا بد من حضوره إذ القضاء على الغائب لا يجوز.

قوله: (هذا الفسخ المذكور)، وهو قوله: (فينفسخ البيع بمشهد منه)، أي: ينفسخ البيع أي: عند فسخ القاضي في حق الإضافة، يعني يكون البيع مضافًا إلى الشفيع بعد أن كان مضافًا إلى المشتري، كما ذكرنا من رواية الذخيرة، والإيضاح.

(لامتناع قبض المشتري المبيع) بسبب الأخذ بالشفعة، فصار [كأن][1] المبيع هلك قبل قبض المشتري، وذلك يوجب انفساخ العقد.

وقوله: (يبقى أصل البيع) إلى آخره، يعني ينفسخ في حق المشتري لا البائع؛ لأنه لو انفسخ البيع في حقهما من كل وجه صار كأن البيع لم يكن أصلًا؛ لأن الانفساخ من كل وجه عبارة عنه، فحينئذٍ يبطل حق الشفعة، إذ

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا لِغَيْرِهِ، فَهُوَ الخَصْمُ لِلشَّفِيعِ)؛ لِأَنَّهُ هُوَ العَاقِدُ، وَالأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ مِن حُقُوقِ العَقْدِ فَيَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ. قَالَ: (إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَهَا إِلَى المُوَكِّلِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ يَدٌ وَلَا مِلْكٌ، فَيَكُونُ الخَصْمُ هُوَ المُوَكِّلُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الوَكِيلَ كَالبَائِعِ مِن المُوَكِّلِ عَلَى مَا عُرِفَ، فَتَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ كَتَسْلِيمِ البَائِعِ إِلَى المُشْتَرِي، فَتَصِيرُ الخُصُومَةُ مَعَهُ، إِلَّا أَنَّهُ مَعَ ذَلِكَ قَائِمٌ مَقَامَ المُوَكِّلِ فَيَكْتَفِي بِحُضُورِهِ فِي الخُصُومَةِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ البَائِعُ وَكِيلَ الغَائِبِ، فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَهَا مِنهُ إِذَا كَانَتْ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ عَاقِدٌ وَكَذَا إِذَا كَانَ البَائِعُ وَصِيًّا لِمَيِّتٍ فِيمَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لِمَا ذَكَرْنَا.

الشفعة إنما تجب بالبيع، فاحتاج الشيخ إلى هذا الاستثناء لذلك، ويمكن أن يكون ما طول في كفاية المنتهى ما نقلنا من الذخيرة مع السؤال والجواب.

قوله: (على ما عرف)، أي: في باب الوكالة، أن بيع الوكيل والموكل بيع حكمًا.

(فتسليمه)، أي: تسليم الوكيل إلى الموكل كتسليم البائع إلى المشتري، فتصير الخصومة إليه.

وقوله: (إلا أنه) جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: لو كان الوكيل والموكل كالبائع والمشتري، ينبغي أن يشترط حضورهما، كما شرط ثَمَّ، فقال: إنه ثابت عن الموكل، فلا يشترط حضور الموكل؛ لما أن حضور نائبه كحضوره، بخلاف البائع والمشتري، فإنه لا يكتفى بحضور البائع حتى يحضر المشتري؛ لأن البائع ليس بنائب عن المشتري.

(لأنه عاقد)، أي: لأن الوكيل عاقد، ولا يشترط حضور الغائب لحضور نائبه كما ذكرنا.

قوله: (وصيًّا لميت)، أي: يكون الخصم للشفيع هو الوصي، يعني إذا كانت الورثة صغارًا، وقيد فيما يجوز بيعه؛ لأن بيع الوصي وشراءه يجوز بالغبن اليسير لا الفاحش، وكذا لو كانت الورثة كلها كبارًا لا يجوز بيع الوصي إذا لم يكن على الميت دين، فكان قوله: **(فيما يجوز بيعه)** احترازًا عن هذين البيعين.

قَالَ: (وَإِذَا قَضَى القَاضِي لِلشَّفِيعِ بِالدَّارِ، وَلَمْ يَكُنْ رَآهَا، فَلَهُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ، وَإِنْ وَجَدَ بِهَا عَيْبًا، فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهَا، وَإِنْ كَانَ المُشْتَرِي شَرَطَ البَرَاءَةَ مِنهُ) لِأَنَّ الأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ بِمَنْزِلَةِ الشِّرَاءِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، فَيَثْبُتُ فِيهِ الخِيَارَانِ كَمَا فِي الشِّرَاءِ، وَلَا يَسْقُطُ بِشَرْطِ البَرَاءَةِ مِن المُشْتَرِي وَلَا بِرُؤْيَتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنْهُ فَلَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ.

فَصْلٌ فِي مَسَائِلِ الِاخْتِلَافِ

قَالَ: (وَإِنْ اخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ، فَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي)؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ الدَّارِ عَلَيْهِ عِنْدَ نَقْدِ الأَقَلِّ وَهُوَ يُنْكِرُ، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ مَعَ يَمِينِهِ، وَلَا يَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ إِنْ كَانَ يَدَّعِي عَلَيْهِ اسْتِحْقَاقَ الدَّارِ فَالمُشْتَرِي لَا يَدَّعِي عَلَيْهِ شَيْئًا ....

وعند الأئمة الثلاثة: في مسألة الوكيل يأخذ من يد الموكل؛ لأن حقوق [العقد](١) ترجع إليه عندهم، ومسألة وكيل الغائب للشافعي وجهان: أحدهما: مثل قولنا، وهو قول أحمد.

(لأنه)، أي: المشتري ليس بنائب عن الشفيع **(فلا يملك إسقاطه)** أي: إسقاط الخيار الثابت للشفيع كما ذكرنا.

فَصْلٌ فِي الِاخْتِلَافِ

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في بيان اختلافهما، إذ الأصل هو الاتفاق.

قوله: **(في الثمن)**، وفي المبسوط، والكافي: والدار مقبوضة(٢).

(فالقول قول المشتري) أي: مع يمينه، وبه قالت الأئمة الثلاثة إلا أشهب المالكي قال: إن أتى المشتري بما يشبه فالقول له بلا يمين وإلا مع اليمين.

قوله: **(فالمشتري لا يدعي عليه)** أي: على الشفيع **(شيئًا)**؛ لأنه لم يجب له

---

(١) بياض في الأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٠٦).

لِتَخَيُّرِهِ بَيْنَ التَّرْكِ وَالأَخْذِ وَلَا نَصَّ هَاهُنَا، فَلَا يَتَحَالَفَانِ.

قَالَ: (وَلَوْ أَقَامَا البَيِّنَةَ: فَالبَيِّنَةُ لِلشَّفِيعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: البَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُشْتَرِي)(*)؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا، فَصَارَ كَبَيِّنَةِ البَائِعِ وَالوَكِيلِ وَالمُشْتَرِي مِن العَدُوِّ. وَلَهُمَا: أَنَّهُ لَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا، فَيُجْعَلُ كَأَنَّ المَوْجُودَ بَيْعَانِ،

على الشفيع شيء حتى يحلف الشفيع.

(لتخيّره) أي: لتخيّر الشفيع، إذ المدعي هو الذي لو تركه ترك، والمختص بهذه الصفة هو الشفيع لا المشتري، ولا نصَّ هاهنا، إنما النص في البائع والمشتري مع وجود معنى الإنكار في الطرفين هناك، فوجب التحالف لذلك، ولم يوجد الإنكار هاهنا في طرف الشفيع؛ لأن المشتري لا يدعي عليه شيئًا، فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص، وإن كان الشفيع والمشتري بمنزلة البائع والمشتري، فلذلك لم يجب التحالف.

قوله: (فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد)، وبه قال الشريف الحنبلي، وقال الشافعي، وأحمد: تعارضت البينتان وتساقطتا، والقول للمشتري مع يمينه، ويحتمل أن يقرع بينهما؛ لأنهما تنازعا في العقد، ولا يد لهما عليه، فصارا كالمتنازعين عينا في يد غيرهما.

قوله: (والمشتري من العدو)، أي: [٢/ ٣٨٤/ب] كبينة المشتري من العدو، والعبد المأسور مع المالك القديم في ثمن العبد، فبينة المشتري أولى؛ لأنها أكثر إثباتًا وكذا هذا.

قوله: (لهما أنه لا تنافي) بين بينة الشفيع وبينة المشتري في حق الشفيع؛ لأنه يجوز أن يشتري مرتين مرة بألف ومرة بألفين، فأمكن تصديق البينتين؛ فيثبت البيعان في حق الشفيع، فيأخذ بأيهما شاء، بخلاف البائع مع المشتري؛ لأن العمل بالبينتين غير ممكن، فالعقد الثاني لا يتصور إلا بانفساخ الأول في حقهما، فصرنا إلى الترجيح بالزيادة.

وهاهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع، فيجمع بين البينتين، ولا يصار إلى

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

وَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِأَيِّهِمَا شَاءَ، وَهَذَا بِخِلَافِ البَائِعِ مَعَ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَالَى بَيْنَهُمَا عَقْدَانِ إِلَّا بِانْفِسَاخِ الأَوَّلِ وَهَاهُنَا الفَسْخُ لَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ وَهُوَ التَّخْرِيجُ لِبَيِّنَةِ الوَكِيلِ؛ لِأَنَّهُ كَالبَائِعِ وَالمُوَكِّلِ كَالمُشْتَرِي مِنهُ، كَيْفَ وَأَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ، وَأَمَّا المُشْتَرِي مِن العَدُوِّ فَقُلْنَا: ذُكِرَ فِي «السِّيَرِ الكَبِيرِ»:

الترجيح، كما لو اختلف العبد مع المولى، فقال العبد: قلتَ: إن أدّيتَ ألفًا فأنت حرٌّ، وقال المولى: قلتُ: إن أدَّيتَ ألفين، وبرهنا فيجمع بينهما، إذ لا منافاة بينهما، فيجعلا كأن الكلامين صدرا من المولى، فيعتق العبد بأداء أيهما شاء.

قوله: (**على ما روي عن محمد**) روى ابن سماعة أن بينة الموكل أولى.

وجه الظاهر: أن الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري، وقد بينا العذر فيه.

قوله: (**ذكر في السير الكبير**) إلى آخره، ولم يذكر فيه قول أبي يوسف؛ لما بينهما من الوحشة حين صنف السير، وبعد التسليم العملُ بالبينتين غير ممكن؛ لأن الشراء الثاني فاسخ للأول فصرنا إلى الترجيح، وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسألة، حكاها محمد، والطريقة الثانية حكاها أبو يوسف، وهي قوله: في الكتاب.

(**ولأن بينة الشفيع**)[1] إلى آخره، وإنما قلنا: إن بينة الشفيع ملزمة؛ لأنه إذا قبلت بينته وجب على المشتري تسليم الدار شاء أو أبى، وإذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شيء، ولكنه يتخير بين الأخذ بالشفعة وبين الترك، وبه فارق بينة البائع مع المشتري، والوكيل مع الموكل؛ لأن كل واحدة منهما [تلزمه][2]، فرجحنا بالزيادة.

وفي مسألة المشتري من العدو نقول على هذه الطريقة: البينة بينة المالك القديم؛ لأنها ملزمة، وبينة المشتري غير ملزمة.

قوله: (**أخذها الشفيع بما قال البائع**)[3] سواء كانت الدار في يد البائع أو

---

(١) انظر المتن ص ٤٨٢.
(٢) بياض في الأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر المتن ص ٤٨٢.

أَنَّ البَيِّنَةَ بَيِّنَةُ المَالِكِ القَدِيمِ. فَلَنَا أَنْ نَمْنَعَ وَبَعْدَ التَّسْلِيمِ نَقُولُ: لَا يَصِحُّ الثَّانِي هُنَالِكَ إِلَّا بِفَسْخِ الأَوَّلِ، أَمَّا هَاهُنَا فَبِخِلَافِهِ، وَلِأَنَّ بَيِّنَةَ الشَّفِيعِ مُلْزِمَةٌ وَبَيِّنَةَ المُشْتَرِي غَيْرُ مُلْزِمَةٍ وَالبَيِّنَاتُ لِلْإِلْزَامِ.

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَى المُشْتَرِي ثَمَنًا، وَادَّعَى البَائِعُ أَقَلَّ مِنهُ وَلَمْ يَقْبِضْ الثَّمَنَ، أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِمَا قَالَهُ البَائِعُ، وَكَانَ ذَلِكَ حَطًّا عَنْ المُشْتَرِي)؛ وَهَذَا لِأَنَّ الأَمْرَ إِنْ كَانَ عَلَى مَا قَالَ البَائِعُ فَقَدْ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى مَا قَالَ المُشْتَرِي فَقَدْ حَطَّ البَائِعُ بَعْضَ الثَّمَنِ، وَهَذَا الحَطُّ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَلِأَنَّ التَّمَلُّكَ عَلَى البَائِعِ بِإِيجَابِهِ، فَكَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ مَا بَقِيَتْ مُطَالَبَتُهُ، فَيَأْخُذُ الشَّفِيعُ بِقَوْلِهِ. قَالَ: (وَلَوْ ادَّعَى البَائِعُ الأَكْثَرَ يَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَادَّانِ، وَأَيُّهُمَا نَكَلَ ظَهَرَ أَنَّ الثَّمَنَ مَا يَقُولُهُ الآخَرُ، فَيَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِذَلِكَ، وَإِنْ حَلَفَا: يَفْسَخُ القَاضِي البَيْعَ عَلَى مَا عُرِفَ، وَيَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِقَوْلِ البَائِعِ)؛ لِأَنَّ فَسْخَ البَيْعِ لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ حَقِّ الشَّفِيعِ. قَالَ: (وَإِنْ كَانَ قَبَضَ الثَّمَنَ أَخَذَ بِمَا قَالَ المُشْتَرِي إِنْ

في يد المشتري.

قوله: (ولو ادعى البائع الأكثر) أي: أكثر مما قاله المشتري أو الشفيع، فإنه وضع المسألة في المبسوط، والذخيرة في اختلاف هؤلاء بأن قال الشفيع: الثمن ألف، وقال المشتري: ألفان، وقال البائع: ثلاثة آلاف، وأقاما البينة، فالبينة بينة البائع؛ لأنها تثبت الزيادة، ويأخذ الشفيع بما قاله البائع.

وقال الشافعي، وأحمد: يأخذ بما قال المشتري؛ لأنه مقر باستحقاق الشفيع بالألف، ويزعم أن بينة البائع كاذبة، ويأخذ البائع الألف الأخرى من المشتري؛ لأن الثابت باليد كالثابت عيانًا، ولو اختلفوا في مقداره فإن كان ما قاله البائع أكثر مما قالا فالبائع مع المشتري يتحالفان إلى آخر ما ذكر في الكتاب.

قوله: (لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع) خصوصًا على قول العامة، فإن من ضرورة الأخذ بالشفعة فسخ البيع الذي جرى بين البائع

شَاءَ، وَلَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى قَوْلِ البَائِعِ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا اسْتَوْفَى الثَّمَنَ انْتَهَى حُكْمُ العَقْدِ، وَخَرَجَ هُوَ مِن البَيِّنِ وَصَارَ هُوَ كَالأَجْنَبِيِّ، وَبَقِيَ الِاخْتِلَافُ بَيْنَ المُشْتَرِي وَالشَّفِيعِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ. وَلَوْ كَانَ نَقْدُ الثَّمَنِ غَيْرَ ظَاهِرٍ فَقَالَ البَائِعُ، بِعْت الدَّارَ بِأَلْفٍ وَقَبَضْت الثَّمَنَ، يَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِأَلْفٍ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَدَأَ بِالإِقْرَارِ بِالبَيْعِ تَعَلَّقَتْ الشُّفْعَةُ بِهِ، فَبِقَوْلِهِ بَعْدَ ذَلِكَ: قَبَضْتُ الثَّمَنَ: يُرِيدُ إِسْقَاطَ حَقِّ الشَّفِيعِ فَيُرَدُّ عَلَيْهِ. وَلَوْ قَالَ: قَبَضْت الثَّمَنَ وَهُوَ أَلْفٌ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ بِالأَوَّلِ وَهُوَ الإِقْرَارُ بِقَبْضِ الثَّمَنِ خَرَجَ مِن البَيِّنِ وَسَقَطَ اعْتِبَارُ قَوْلِهِ فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ.

والمشتري على ما ذكرناه من رواية الجامع الكبير، فكان الفسخ مقررًا حق الشفيع لا رافعًا، ولأن حقه ثبت بطلبه عند سماع البيع، وقد وقع لازمًا فلا يرتفع بفسخ المتبايعين بعد ذلك؛ لأن حق الشفيع منفصل عن حقهما.

قوله: (**لأنه**) أي: البائع (**لما بدأ بالإقرار تعلقت الشفعة به**) أي: بالإقرار بالبيع (**فبقوله**) أي: بقول البائع (**قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع**) أي: حقه الذي تعلق بالبيع بما قال البائع من مقدار الثمن؛ لأنه لو تحقق استيفاء الثمن كان البائع أجنبيًّا من هذا البيع، فلما وقع تسليم الدار إلى المشتري، واستيفاء الثمن من البائع كان البائع أجنبيًّا، فلا يسمع قول الأجنبي في مقدار الثمن فكذا قول البائع.

(**ولو قال: قبضت الثمن**) إلى آخره، يعني لما بدأ بالإقرار بالاستيفاء لا يصح منه بيان مقدار الثمن بعد ذلك؛ لأنه لم يبق ذا حظ من هذا العقد بل صار كالأجنبي، فلا يصح منه بيان مقدار الثمن كالأجنبي، بخلاف ما لو بدأ بالإقرار بالبيع، فإن حق الشفيع يتعلق بإقراره كما ذكرنا، وبعد ذلك قوله: (**قبضت الثمن**) يبطل ذلك الحق كما ذكرنا، إليه أشار في الذخيرة، والإيضاح.

وفي الإيضاح: روى الحسن عن أبي حنيفة أن المبيع إذا كان في يد البائع فأقر بقبض الثمن، وزعم أنه ألف، فالقول قوله؛ لأن التملك يقع على البائع، فيرجع [٢/ ٣٨٥/ أ] إلى قوله.

فَصْلٌ فِيمَا يُؤْخَذُ بِهِ المَشْفُوعُ

قَالَ: (وَإِذَا حَطَّ البَائِعُ عَنْ المُشْتَرِي بَعْضَ الثَّمَنِ يَسْقُطُ ذَلِكَ عَن الشَّفِيعِ، وَإِنْ حَطَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ لَمْ يَسْقُطْ عَنْ الشَّفِيعِ) لِأَنَّ حَطَّ البَعْضِ يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ فَيَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ مَا بَقِيَ، وَكَذَا إِذَا حَطَّ بَعْدَمَا أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِالثَّمَنِ، يَحُطُّ عَنْ الشَّفِيعِ حَتَّى يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ القَدْرِ، بِخِلَافِ حَطِّ الكُلِّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ بِحَالٍ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي البُيُوعِ.

(وَإِنْ زَادَ المُشْتَرِي لِلْبَائِعِ: لَمْ تَلْزَمْ الزِّيَادَةُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ)؛ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ الزِّيَادَةِ ضَرَرًا بِالشَّفِيعِ لِاسْتِحْقَاقِهِ الأَخْذَ بِمَا دُونَهَا. بِخِلَافِ الحَطِّ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَنْفَعَةً لَهُ، وَنَظِيرُ الزِّيَادَةِ إِذَا جَدَّدَ العَقْدَ بِأَكْثَرَ مِن الثَّمَنِ الأَوَّلِ لَمْ يَلْزَمْ الشَّفِيعَ حَتَّى كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ لِمَا بَيَّنَّا كَذَا هَذَا.

قَالَ: (وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا بِعَرَضٍ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِقِيمَتِهِ)؛ لِأَنَّهُ مِن ذَوَاتِ القِيَمِ

فَصْلٌ فِيمَا يُؤْخَذُ بِهِ الْمَشْفُوعُ

لما فرغ من بيان أحكام المشفوع، وهو الأصل شرع في بيان ما يؤخذ به وهو التبع لأنه ثمن والثمن بيع.

قوله: (**يسقط ذلك**) أي: بعض الثمن المحطوط (**عن الشفيع**) وقال الشافعي، وأحمد: لا يحط عن الشفيع؛ لأن ذلك هبة مبتدأة لا تلحق بأصل العقد، كما في حط الكل.

واختلف أصحاب مالك فقال ابن القاسم: إن كان ما حط مما جرت به العادة يلحق بأصل العقد ولا يحط عن الشفيع، وقال أشهب: يلتحق الحط على الإطلاق من غير تفصيل.

وقوله: (**وقد بيناه في البيوع**) أي: في فصل من اشترى شيئًا مما ينقل من قوله: (**إن حط البعض يلتحق بأصل العقد**) ويخرج المحطوط من أن يكون ثمنًا، وحط الكل لا يلتحق؛ لأنه يصير العقد بلا ثمن.

قوله: (**أخذها الشفيع بقيمته**) أي: بقيمة العرض، والمراد بالعرض ما يكون من ذوات القيم كالثياب، والحيوان، والعبيد، لا العرض من ذوات الأمثال كالحنطة، وغيرها.

(وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ أَخَذَهَا بِمِثْلِهِ)؛ لِأَنَّهُمَا مِن ذَوَاتِ الأَمْثَالِ. وَهَذَا لِأَنَّ الشَّرْعَ أَثْبَتَ لِلشَّفِيعِ وِلَايَةَ التَّمَلُّكِ عَلَى الْمُشْتَرِي بِمِثْلِ مَا تَمَلَّكَهُ، فَيُرَاعَى بِالقَدْرِ المُمْكِنِ كَمَا فِي الإِتْلَافِ وَالعَدَدِيِّ المُتَقَارِبِ مِن ذَوَاتِ الأَمْثَالِ.

وذكر في المبسوط: العبد مكان العرض، وبه قال عامة أهل العلم، وحكي عن الحسن البصري، وسوار القاضي أنهما قالا: لا تثبت الشفعة هاهنا؛ لأنها تجب بمثل الثمن، وهذا لا مثل له، فتعذر الأخذ، فلم يثبت كما لو جهل الثمن، ولأن القيمة بالحزر والظن، وذلك يمنع من استحقاق الشفعة.

وفي المبسوط: قال أهل المدينة: يأخذها بقيمة الدار لا بقيمة العرض؛ لأن المبيع مضمون بنفسه عند تعذر إيجاب المسمى كما في البيع الفاسد[(١)].

وقلنا: إنه أحد نوعي الثمن، فيثبت به كالمثلي، ولأن القيمة مثل من حيث المعنى فلم يتعذر أخذه، ثم تعتبر قيمته يوم الشراء، وبه قال الشافعي، وأحمد، وحكي عن مالك أنه تعتبر قيمته يوم المحاكمة.

وقال ابن سريج من أصحاب الشافعي: تعتبر قيمته حين استقرار العقد بانقضاء الخيار، إذا كان فيه خيار، وبه قال أحمد؛ لأنه وقت الاستحقاق، وقلنا: وقت الاستحقاق وقت الشراء.

وفي المبسوط: لو مات العبد قبل أن يقبضه البائع ينتقض الشراء؛ لفوات القبض المستحق بالعقد، فإن العبد معقود عليه من وجه، وقد هلك قبل التسليم، وللشفيع أن يأخذها بقيمة العبد.

وقال زفر: لا يأخذها بالشفعة؛ لأن العقد قد انتقض من الأصل بهلاك العبد قبل التسليم.

وقلنا: بدل الدار في الحقيقة قيمة العبد، وهو قادر على أخذها بعد هلاك العبد كما قيد، وليس في هلاك العبد الانفساخ بين البائع والمشتري، وذلك لا يمنع بقاء حق الشفيع كما بينا، بخلاف استحقاق العبد فإنه يتبين به أن أصل البيع لم يكن صحيحًا، وأن حقه لم يثبت.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٢٨).

(وَإِنْ بَاعَ عَقَارًا بِعَقَارٍ أَخَذَ الشَّفِيعُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا بِقِيمَةِ الآخَرِ)؛ لِأَنَّهُ بَدَلُهُ وَهُوَ ذَوَاتُ القِيَمِ فَيَأْخُذُهُ بِقِيمَتِهِ. قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فَلِلشَّفِيعِ الخِيَارُ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِثَمَنٍ حَالٍّ، وَإِنْ شَاءَ صَبَرَ حَتَّى يَنْقَضِيَ الأَجَلُ ثُمَّ يَأْخُذُهَا، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا فِي الحَالِ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ) وَقَالَ زُفَرُ: لَهُ ذَلِكَ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِي القَدِيمِ؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ مُؤَجَّلًا وَصْفٌ فِي الثَّمَنِ كَالزِّيَافَةِ وَالأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ بِهِ، فَيَأْخُذُ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ كَمَا فِي الزُّيُوفِ. وَلَنَا: أَنَّ الأَجَلَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ، وَلَا شَرْطَ فِيمَا بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالبَائِعِ أَوْ المُبْتَاعِ، وَلَيْسَ الرِّضَا بِهِ فِي حَقِّ المُشْتَرِي رِضًا بِهِ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ لِتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي المَلَاءَةِ، وَلَيْسَ الأَجَلُ وَصْفَ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ المُشْتَرِي؛ وَلَوْ كَانَ وَصْفًا لَهُ لَتَبِعَهُ فَيَكُونُ حَقًّا لِلْبَائِعِ كَالثَّمَنِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ ثُمَّ وَلَّاهُ غَيْرَهُ لَا يَثْبُتُ الأَجَلُ إِلَّا بِالذِّكْرِ، كَذَا هَذَا، ثُمَّ إِنْ أَخَذَهَا بِثَمَنٍ حَالٍّ مِن البَائِعِ سَقَطَ الثَّمَنُ عَنْ المُشْتَرِي لِمَا بَيَّنَّا مِن قَبْلُ، وَإِنْ أَخَذَهَا مِن المُشْتَرِي رَجَعَ

قوله: (وإذا باع بثمن مؤجل) أي: بأجل معلوم، إذ بالأجل المجهول يصير البيع فاسدًا، ولا شفعة في البيع الفاسد، كذا في الذخيرة.

وللشفيع الخيار، إن شاء أخذها بالثمن الحال، وإن شاء صبر، وبه قال الشافعي في الصحيح، وقال مالك، وأحمد بالثمن المؤجل، وبه قال الشافعي في قول، وزفر، واختاره أبو حامد من أصحاب الشافعي.

قوله: (والأخذ بالشفعة به) أي: بالثمن لا يقتضيه العقد، إذ الأجل يثبت بشرط المشتري ورضا البائع.

(ولا شرط بين الشفيع والبائع أو المبتاع) أي: المشتري، فلا يثبت في حق الشفيع كالخيار.

(وليس الرِّضا) أي: بالأجل (في حق المشتري رضاً في حق الشفيع).

(لتفاوت الناس في الملاءة) بفتح الميم أي: الغنى، مصدر مَلُؤَ الرجل بالضم ملاءة، والمليء: الغني المقتدر.

قوله: (ولّاه غيره) أي: باعه تولية.

وقوله: (لما بينا من قبل) أراد به قوله: (لامتناع قبض المشتري بالأخذ

البَائِعُ عَلَى المُشْتَرِي بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ كَمَا كَانَ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ الَّذِي جَرَى بَيْنَهُمَا لَمْ يَبْطُلْ بِأَخْذِ الشَّفِيعِ، فَبَقِيَ مُوجِبُهُ، فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ بِثَمَنٍ حَالٍّ وَقَدْ اشْتَرَاهُ مُؤَجَّلًا، وَإِنِ اخْتَارَ الِانْتِظَارَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ لَا يَلْتَزِمَ زِيَادَةَ الضَّرَرِ مِن حَيْثُ النَّقْدِيَّةُ. وَقَوْلُهُ فِي «الكِتَابِ»: وَإِنْ شَاءَ صَبَرَ حَتَّى يَنْقَضِيَ الأَجَلُ: مُرَادُهُ الصَّبْرُ عَنْ الأَخْذِ، أَمَّا الطَّلَبُ عَلَيْهِ فِي الحَالِ حَتَّى لَوْ سَكَتَ عَنْهُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ خِلَافًا لِقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الآخَرِ(*)؛ لِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالبَيْعِ، وَالأَخْذُ يَتَرَاخَى عَنْ الطَّلَبِ، وَهُوَ مُتَمَكِّنٌ مِن الأَخْذِ فِي الحَالِ بِأَنْ يُؤَدِّيَ الثَّمَنَ حَالًّا فَيُشْتَرَطُ الطَّلَبُ عِنْدَ العِلْمِ بِالبَيْعِ.

قَالَ: (وَإِنْ اشْتَرَى ذِمِّيٌّ بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ دَارًا، وَشَفِيعُهَا ذِمِّيٌّ، أَخَذَهَا بِمِثْلِ

بالشفعة وهو يوجب) الفسخ إلى آخره.

قوله: (وإن اختار) أي: الشفيع (الانتظار) للمشتري ولكن على الشفيع أن يطلب الشفعة في الحال عندهما، خلافا لأبي يوسف روى ابن مالك عنه أنه كان يقول كقولهما ثم رجع وقال: يأخذه عند حلول الأجل وإن لم يطلبه في الحال.

فأبو يوسف يقول: الطلب غير مقصود بل للأخذ، وهو في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذي يطلبه، ولا فائدة في طلبه ولا إعراضه عن الأخذ.

وجه ظاهر الرواية: أن حقه في الشفعة ثبت في الحال بدليل أنه لو أخذه بثمن حال كان له ذلك، فالسكوت عن الطلب يبطل شفعته [٢/ ٣٨٥/ ب]، كذا في المبسوط(١).

قوله: (إذا اشترى ذمي بخمر أو خنزير) إلى آخره. اعلم أن الشفعة تجب للذمي بلا خلاف للعلماء، وهل تثبت لكافر على مسلم؟ فيه خلاف قال أحمد، والحسن، والشعبي: لا شفعة له على مسلم؛ لما روى الدارقطني بإسناده عن أنس أن رسول الله ﷺ قال «لَا شُفعَةَ لِنَصْرانِيٍّ».

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٠٣).

الخَمْرِ وَقِيمَةِ الخِنْزِيرِ) لِأَنَّ هَذَا البَيْعَ مَقْضِيٌّ بِالصِّحَّةِ فِيمَا بَيْنَهُمْ، وَحَقُّ الشُّفْعَةِ يَعُمُّ المُسْلِمَ وَالذِّمِّيَّ، وَالخَمْرُ لَهُمْ كَالخَلِّ لَنَا وَالخِنْزِيرُ كَالشَّاةِ، فَيَأْخُذُ فِي الأَوَّلِ بِالمِثْلِ وَالثَّانِي بِالقِيمَةِ. قَالَ: (وَإِنْ كَانَ شَفِيعُهَا مُسْلِمًا أَخَذَهَا بِقِيمَةِ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ) ......

وعندنا، والشافعي، ومالك، والثوري، والنخعي، والعنبري، وشريح، وعمر بن عبد العزيز [له][1]: الشفعة لعموم قوله ﷺ: «**لَا يَحِلُّ للشَّريكِ أن يَبِيعَ حتّى يَسْتأذِنَ شَريكَهُ، وإن باعَهُ ولَمْ يُؤْذِنْهُ فَهْوَ أحَقُّ بِهِ**»[2]، ولعموم ما جاء في الشفعة، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر، فيستوي فيه المسلم والكافر كالرد.

وحديث أنس ليس على عمومه، فإنه يثبت له إذا كان شريكه نصرانيًّا بالإجماع، مع أنه غير مشهور، ثم قيد شراءه بالخمر والخنزير احترازًا عما اشتراه بالميتة، فالبيع باطل ولا شفعة فيه، وقيد بالذمي احترازًا عن المرتد، فإن المرتد لو كان شفيعه مرتدًّا لا شفعة له سواء قتل في ردته أو لحق بدار الحرب، ومبنى شفعته على صحة تصرفه، وقد مر فيه الخلاف، فكل من صحح تصرفه يقول بشفعته، وكل من يقول بعدم صحته لا يقول بشفعته، وبعد لحوقه بدار الحرب لا يأخذ بالشفعة وارثه؛ لأن الشفعة لا تورث عندنا، وأحمد، خلافًا للشافعي، ومالك، إذا مات بعد الطلب.

أما الحربي المستأمن في حق الشفعة له وعليه في دار الإسلام كالذمي؛ لأنه من المعاملات وقد التزم حكم المعاملات، ثم إذا جرى التبايع بين ذميين بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه، وإن كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا إلينا فعندنا نحكم بالشفعة، وبه قال أبو الخطاب الحنبلي.

وقال الشافعي، وأحمد: لا نحكم بالشفعة؛ لأنه بيع عقد بخمر وخنزير، فصار كبيعهم بالميتة؛ فلا نحكم بالشفعة، واعتقادهم حل الخمر والخنزير لا يجعلهما مالًا.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ٨٧ رقم ٢٢٥٧)، ومسلم (٣/ ١٢٢٩ رقم ١٦٠٨) من حديث جابر بن عبد الله ﷺ.

أَمَّا الخِنْزِيرُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا الخَمْرُ لِامْتِنَاعِ التَّسَلُّمِ وَالتَّسْلِيمِ فِي حَقِّ المُسْلِمِ، فَالتَحَقَ بِغَيْرِ المِثْلِيِّ، وَإِنْ كَانَ شَفِيعُهَا مُسْلِمًا وَذِمِّيًّا أَخَذَ المُسْلِمُ نِصْفَهَا بِنِصْفِ قِيمَةِ الخَمْرِ، وَالذِّمِّيُّ نِصْفَهَا بِنِصْفِ مِثْلِ الخَمْرِ، اعْتِبَارًا لِلْبَعْضِ بِالكُلِّ، فَلَوْ أَسْلَمَ الذِّمِّيُّ أَخَذَهَا

وفي المغني: اشترى الذمي من ذمي كنيسة أو بيعة، فللشفيع الشفعة إذا كان من ديانتهم أن الملك لا يزول بجعله بيعة أو كنيسة، والحربي المستأمن في حق الشفعة كالذمي لالتزام أحكام المعاملات، فلو اشترى الحربي دارًا ولحق بدار الحرب فالشفيع على شفعته متى لقيه؛ لأن لحاقه كموته، وموت المشتري لا يبطل الشفعة.

ولو اشترى مسلم في دار الحرب وشفيعها مسلم، ثم أسلم أهل الدار لا شفعة للشفيع؛ لأن حق الشفعة من أحكام الإسلام، وحكم الإسلام لا يجري في دار الحرب، كما لو زنيا ثم خرجا لا يحكم بالحد، وكل حكم لا يفتقر إلى القضاء كصحة البيع، والشراء، والاستيلاد، ونفاذ العتق، ووجوب الصلاة والصوم، نحكم في حق من أسلم في دار الحرب بثبوته.

قوله: (أما الخنزير فظاهر)؛ لأنه من ذوات القيم، ووجوب القيمة في ذوات القيم أمر ظاهر، ولا يقال إيجاب قيمة الخنزير كإيجاب الخنزير على المسلم، وذلك غير جائز، وهذا لأن للقيمة في ذوات القيم حكم العين، ولهذا إذا مر الذمي على العاشر بالخنزير لا يأخذ العاشر من قيمة الخنزير شيئًا، وقد مر في الزكاة؛ لأن للقيمة حكم العين؛ لأنا نقول قيمة الخنزير كعين الخنزير معنًى، ولكن في كونها بمنزلة الخنزير شبهةً، فلما كان متضمنًا إبطال حق العبد لم يعمل بهذه الشبهة، بل نعمل بالشبهة فيما إذا لم يكن متضمنًا إبطال حق الغير، وفي مسألتنا يتضمن إبطال حق الغير، فلم يعمل بها، بخلاف ما إذا مر على العاشر.

وفي المبسوط: طريق معرفة قيمة الخمر والخنزير الرجوع إلى من أسلم من أهل الذمة، أو إلى من تاب من فسقة المسلمين، فلو وقع الاختلاف في ذلك فالقول للمشتري، كما لو اختلف الشفيع والمشتري [في][1] مقدار الثمن.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

بِنِصْفِ قِيمَةِ الخَمْرِ لِعَجْزِهِ عَنْ تَمْلِيكِ الخَمْرِ، وَبِالإِسْلَامِ يَتَأَكَّدُ حَقُّهُ لَا أَنْ يَبْطُلَ، فَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَاهَا بِكُرٍّ مِن رُطَبٍ فَحَضَرَ الشَّفِيعُ بَعْدَ انْقِطَاعِهِ يَأْخُذُ بِقِيمَةِ الرُّطَبِ كَذَا هَذَا.

فَصْلٌ

قَالَ: (وَإِذَا بَنَى المُشْتَرِي فِيهَا أَوْ غَرَسَ ثُمَّ قُضِيَ لِلشَّفِيعِ بِالشُّفْعَةِ، فَهُوَ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ البِنَاءِ وَالغَرْسِ، ....

قوله: (بعد انقطاعه) أي: انقطاع الرطب عن أيدي الناس.

وفي المبسوط: ولو أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوض، والدار مقبوضة أو غير مقبوضة ينتقض البيع بينهما؛ لفوات القبض المستحق، ولكن لا يبطل في حق الشفيع؛ لأن وجوب الشفعة بأصل البيع، وقد كان صحيحًا، وبقاؤه ليس بشرط لبقاء الشفعة، كما لو اشترى دارًا بعبد، فمات العبد قبل التسليم، انتقض البيع ولم يبطل حق الشفيع.

فَصْلٌ

مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع، وكان فرعًا على غير المتغير، ولذا ذكرها بعد المسائل المبنية على عدم التغير.

قوله: [٢/ ٣٨٦/ أ] (وقيمة البناء والغرس) أي: مقلوعين، وإن شاء كلف المشتري قلعه، ولا يضمن ما نقص بالقلع، وبه قال الثوري، وحماد بن سليمان[١].

وعند الشافعي، ومالك، وابن أبي ليلى، والشعبي، والأوزاعي، والبتي، وسوار، وإسحاق، والليث: يضمن له ما نقص بالقلع؛ لعموم قوله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرارَ فِي الإسلامِ**»[٢]ولأنه بنى في ملكه الذي يملك بيعه، فلم يكلف

---

(١) كذا من الأصل، والصواب: (حماد بن أبي سليمان).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٨٤ رقم ٢٣٤١)، وأحمد (١/ ٣١٣) رقم (٢٨٦٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
قال البوصيري: هذا إسناد فيه جابر وقد اتهم. . . ، وله شاهد من حديث أبي صرمة. مصباح الزجاجة (٨٢٨).

وَإِنْ شَاءَ كَلَّفَ الْمُشْتَرِيَ قَلْعَهُ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يُكَلَّفُ الْقَلْعَ، وَيُخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ وَبَيْنَ أَنْ يَتْرُكَ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَهُ لَهُ أَنْ يُقْلِعَ وَيُعْطِي قِيمَةَ الْبِنَاءِ، لِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ مُحِقٌّ فِي الْبِنَاءِ، لِأَنَّهُ بَنَاهُ عَلَى أَنَّ الدَّارَ مِلْكُهُ، وَالتَّكْلِيفُ بِالْقَلْعِ مِن أَحْكَامِ الْعُدْوَانِ، وَصَارَ كَالْمَوْهُوبِ لَهُ وَالْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا، وَكَمَا إِذَا زَرَعَ الْمُشْتَرِي ....

قلعه مع الأرض مع الإضرار؛ لأن له أن لا يرضى بضرر هذا الجار، ولكن ليس له أن يضره بنقض بنائه.

(وبه قال الشافعي) أي: بالتخيير، وهذا قول من الشافعي، وذكرنا قوله المذكور في كتبهم.

قوله: (قيمة البناء والغرس) أي: قائمين على الأرض غير مقلوعين وبين أن يترك، كذا في شرح[1] الطحاوي.

قوله: (كالموهوب له) يعني أن الموهوب له إذا بنى ليس للواهب أن يقلع بناءه، ويرجع في الأرض؛ لأنه بناه في ملكه، وكذا المشترى شراء فاسدًا إذا بنَى وغرس.

قوله: (وكما إذا زرع المشتري) يعني الشفيع لا يكلفه قلع الزراعة بالاتفاق.

(وهذا) أي: القول بعدم إيجاب القلع، ووجوب قيمة البناء والغرس والأخذ بها دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى، يعني اجتمع هاهنا ضرران:

أحدُهما: على الشفيع، وهو ضرر زيادة الثمن على الشفيع في الأخذ مع قيمة البناء.

والثاني: ضررٌ على المشتري، وهو ضرر قلع بنائه من غير شيء كما قاله أبو حنيفة، ومحمد رحمهما الله.

ثم الضرر الذي يلزم الشفيع أهون من ضرر المشتري؛ لأنه يدخل في ملكه بمقابلة الزيادة عوض، وهو البناء والغرس، وفي القول بالقلع من غير شيء

---

(١) في الأصل: (شرط)، والمثبت من النسخة الثانية.

فَإِنَّهُ لَا يُكَلَّفُ القَلْعَ، وَهَذَا لِأَنَّ فِي إِيجَابِ الأَخْذِ بِالقِيمَةِ دَفْعَ أَعْلَى الضَّرَرَيْنِ بِتَحَمُّلِ الأَدْنَى فَيُصَارَ إِلَيْهِ.

وَوَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ: أَنَّهُ بَنَى فِي مَحِلٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ مُتَأَكِّدٌ لِلْغَيْرِ مِن غَيْرِ تَسْلِيطٍ مِن جِهَةِ مَنْ لَهُ الحَقُّ فَيُنْقَضُ، كَالرَّاهِنِ إِذَا بَنَى فِي المَرْهُونِ، وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّهُ أَقْوَى مِن حَقِّ المُشْتَرِي، لِأَنَّهُ يَتَقَدَّمُ عَلَيْهِ وَهَذَا يَنْقُضُ بَيْعَهُ وَهِبَتَهُ وَغَيْرَهُ مِن تَصَرُّفَاتِهِ، بِخِلَافِ الهِبَةِ وَالشِّرَاءِ الفَاسِدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِن جِهَةِ مَنْ لَهُ الحَقُّ، وَلِأَنَّ حَقَّ الِاسْتِرْدَادِ فِيهِمَا ضَعِيفٌ، وَلِهَذَا لَا يَبْقَى بَعْدَ البِنَاءِ، وَهَذَا الحَقُّ يَبْقَى، ....

يبطل ملك المشتري بلا عوض، فكان ضرر الشفيع أهون، فكان القول به أولى، إليه أشار في المبسوط.

قوله: (تعلق به) أي: بالمحل.

وقوله: (من غير تسليط من جهة من له الحق) احترازًا عن بناء الموهوب له، وعن بناء المشتري شراءً فاسدًا حيث ينقض؛ لأن بناءهما بتسليط من جهة من له الحق، وهاهنا الشفيع ما سلطه على البناء.

(وهذا لأن حقه) أي: حق الشفيع (أقوى من حق المشتري لتقدمه) أي: لتقدم حق الشفيع على حق المشتري، ولهذا ينقض بيعه، وهبته، وتسليمه، وإجارته، وجعله مسجدًا، أو مقبرة، وجعل ذلك كالتصرف في ملك الشفيع في حق النقض، فكذا تصرفه بناء وغرسًا؛ لأنه يضر بالشفيع من حيث إنه يلزمه زيادة في الثمن ولم يرض به.

قوله: (عند أبي حنيفة) قيد به؛ لأن عندهما يسترد بعد البناء في البيع الفاسد كالشفيع، ومسألة استرداد البائع في الفاسد بعد البناء من المسائل التي خطأ فيها أبو يوسف محمدًا في حفظ الرواية، وقد مر[1] في البيع الفاسد.

(ولأن حق الاسترداد فيهما) أي: في الهبة والبيع الفاسد ضعيف.

(وهذا الحق) أي: حق الشفيع (يبقى) أي: بعد البناء، وهذا الحق قوي،

---

(١) في الأصل: (جزم)، والمثبت من النسخة الثانية.

فَلَا مَعْنَى لِإِيجَابِ القِيمَةِ كَمَا فِي الِاسْتِحْقَاقِ، وَالزَّرْعُ يُقْلَعُ قِيَاسًا.

وَإِنَّمَا لَا يُقْلَعُ اسْتِحْسَانًا، لِأَنَّ لَهُ نِهَايَةً مَعْلُومَةً وَيَبْقَى بِالأَجْرِ وَلَيْسَ فِيهِ كَثِيرُ

يبقى بعده، فلا معنى لإيجاب القيمة كما في الاستحقاق.

وهذا جواب عن قول أبي يوسف: أن الشفيع يأخذها بالثمن، وقيمة البناء فقال: لا معنى لإيجاب القيمة على الشفيع؛ لتأكد حقه كما لا يجب على المستحق قيمة بناء المشترى بقيمة البناء على البائع؛ لأنه مغرور من جهته، فكذا هاهنا لا يرجع على الشفيع، لأنه غير مغرور من جهته.

وأما الجواب عن قوله: في إيجاب القيمة دفع أعلى الضررين بالأدنى، فلأن الترجيح بعد المساواة في أصل الحق، ولا مساواة هاهنا؛ لتقدم حق الشفيع، وربما لا يوافقه لو أخذه، فيحتاج إلى قلعه فيلزمه ضرر زائد، كذا في المبسوط[١].

فإن قيل: لو صبغ الشفيع المشفوعة، ثم أخذها الشفيع إن شاء أعطاه ما زاد فيها، وإن شاء ترك، والمسألة في العيون، فما الفرق بين البناء والصبغ؟

قلنا: قيل هو أيضًا على الاختلاف، ولو كان على الاتفاق ففرق محمد وقال: البناء إذا نقض لا يلحق المشتري كبير ضرر؛ لأنه يسلم له النقض، ولا كذلك إذا نقض الصبغ؛ إليه أشار في الذخيرة.

قوله: (ويبقى بالأجر) بالاتفاق كما في الإجارة، وبه قال بعض أصحاب الشافعي.

وعن أبي يوسف: أنه يبقى بلا أجر؛ لأن المشتري مالك الأرض، وإيجاب الأجر على المالك غير مستقيم، وبه قال أحمد، وبعض الشافعية.

وقلنا: في إيجاب أجر المثل رعاية للحقين كما في الإجارة؛ لأنه مجبور عليه، يعني التزم البائع سلامة المبيع عن الاستحقاق، [٢/٣٨٦/ب] فصار المشتري مغرورًا من جهته، ولا غرور في حق الشفيع؛ لأنه يملك على صاحب اليد جبرًا بغير اختيار فيه، فلا يرجع.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٤/ ١١٥).

ضَرَرٍ، وَإِنْ أَخَذَ بِالقِيمَةِ يَعْتَبِرُ قِيمَتَهُ مَقْلُوعًا كَمَا بَيَّنَّاهُ فِي الغَصْبِ (وَلَوْ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ فَبَنَى فِيهَا أَوْ غَرَسَ، ثُمَّ اسْتُحِقَّتْ رَجَعَ بِالثَّمَنِ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ وَلَا يَرْجِعُ بِقِيمَةِ البِنَاءِ وَالغَرْسِ، لَا عَلَى البَائِعِ إِنْ أَخَذَهَا مِنهُ، وَلَا عَلَى المُشْتَرِي إِنْ أَخَذَهَا مِنهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَرْجِعُ، لِأَنَّهُ مُتَمَلِّكٌ عَلَيْهِ فَنَزَلَا مَنْزِلَةَ البَائِعِ وَالمُشْتَرِي، وَالفَرْقُ عَلَى مَا هُوَ المَشْهُورُ: أَنَّ المُشْتَرِيَ مَغْرُورٌ مِن جِهَةِ البَائِعِ وَمُسَلَّطٌ عَلَيْهِ مِن جِهَتِهِ، وَلَا غُرُورَ وَلَا تَسْلِيطَ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ مِن المُشْتَرِي، لِأَنَّهُ مَجْبُورٌ عَلَيْهِ، قَالَ: (وَإِذَا انْهَدَمَتْ الدَّارُ، أَوْ احْتَرَقَ بِنَاؤُهَا، أَوْ جَفَّ شَجَرُ البُسْتَانِ بِغَيْرِ فِعْلِ أَحَدٍ: فَالشَّفِيعُ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ) لِأَنَّ البِنَاءَ وَالغَرْسَ تَابِعٌ حَتَّى دَخَلَا فِي البَيْعِ مِن غَيْرِ ذِكْرٍ، فَلَا يُقَابِلُهُمَا شَيْءٌ مِن الثَّمَنِ مَا لَمْ يَصِرْ

ولأن البائع سلط المشتري بإيجاب البيع على البناء، والمأخوذ منه الشفعة لم يسلط الشفيع على البناء، بل هو مجبر على التسليم إلى الشفيع، فلا يرجع بقيمته عليه كجارية أسرها الكفار وأحرزوها [بدراهم][(١)]، ثم أخذها المسلمون فوقعت في سهم غازٍ، أخذها المالك القديم بالقيمة واستولدها، فجاء مستحق وأقام بينة أنها أمته دبرها قبل الأسر ردت عليه؛ لأنها لا تملك بالإحراز، ويضمن المالك القديم العقر وقيمة الولد، ويرجع على الغازي بقيمتها التي دفع إليها؛ لأنه دفعها إليه لتسليم الجارية، ولم يسلم، ولا يرجع عليه بقيمة الولد والعقر؛ لأن المأخوذ منه مجبر على الدفع، فلا يصير غارًّا.

وكذا لو قسمت بين اثنين، فبنى أحدهما ثم استحقت حصته، لا يرجع عليه بقيمة البناء؛ لأن كل واحد منهما يجبر على القسمة بخلاف الدارين، فإنهما لو اقتسماها وبنى أحدهما في دار نصيبه ثم استحقت، فإنه يرجع على شريكه بنصف قيمة البناء؛ لأنه بمنزلة البيع، كذا في الإيضاح والمبسوط[(٢)].

قوله: (فلا يقابلهما) أي: البناء والغرس وفي بعض النسخ: (فلا يقابله) أي: كل واحد من البناء والغرس؛ لأنه تابع أو التابع، وبه قال الشافعي في

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، ولعل صوابها: (بدارهم).
(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٥/ ٤٩).

مَقْصُودًا، وَلِهَذَا جَازَ بَيْعُهَا مُرَابَحَةً بِكُلِّ الثَّمَنِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا غَرِقَ نِصْفُ الأَرْضِ حَيْثُ يَأْخُذُ البَاقِيَ بِحِصَّتِهِ، لِأَنَّ الفَائِتَ بَعْضُ الأَصْلِ. قَالَ: (وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ) لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْ تَمَلُّكِ الدَّارِ بِمَالِهِ. قَالَ: (وَإِنْ نَقَضَ المُشْتَرِي البِنَاءَ، قِيلَ لِلشَّفِيعِ: إِنْ شِئْت فَخُذْ الأرض بِحِصَّتِهَا، وَإِنْ شِئْتَ فَدَعْ) لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالإِتْلَافِ فَيُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِن الثَّمَنِ، بِخِلَافِ الأَوَّلِ، لِأَنَّ الهَلَاكَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ (وَلَيْس لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ النَّقْضَ) لِأَنَّهُ صَارَ مَفْصُولًا فَلَمْ يَبْقَ تَبَعًا. قَالَ: (وَمَنْ ابْتَاعَ أَرْضًا

قول، وأحمد في رواية، وهو رواية المزني عنه وهو الأصح.

وقال الشافعي، وأحمد، والعنبري، والثوري: يأخذه بالحصة، وهو رواية البويطي، والزعفراني، والربيع عنه.

وأصله: أن الثمن بمقابلة الأصل دون الأوصاف عندنا، وعنده في قول يقابلها شيء من الثمن، وقد مر في البيوع، وهذا لأن قوام البناء بالأرض كقوام الوصف بالموصوف، ولهذا كان له أن يبيعه مرابحة بكل الثمن عندنا، وعنده يمنع من ذلك.

قوله: (بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بالحصة) بلا خلاف، والتقييد بالنصف لا لإخراج غيره؛ لأن الحكم في الثلث وغيره، كذا ذكره في المبسوط إلا أن المصنف اتبع وضع المبسوط.

قوله: (فللشفيع أن يأخذ الأرض بحصتها) من الثمن فيقسم الثمن على قيمة البناء، وعلى قيمة الأرض.

(وليس للشفيع أن يأخذ النقض) أي المنقوض لأنه منقول، وإنما يأخذه قبل النقض بعلة التبعية، وقد زالت التبعية، ولم يذكر في الكتاب حكم ما إذا هدمه أجنبي.

وفي المبسوط: سواء، لكن تسلم قيمة البناء للمشتري؛ لأن سلامة بدل البناء للمشتري بمنزلة سلامة البناء، كما [لو][(١)] هدمه بنفسه وأخذ النقض، والنقض بضم النون وكسرها، وعن الغوري بالكسر لا غير.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَعَلَى نَخْلِهَا ثَمَرٌ: أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِثَمَرِهَا) وَمَعْنَاهُ: إِذَا ذُكِرَ الثَّمَرُ فِي البَيْعِ، لِأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ مِن غَيْرِ ذِكْرٍ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ اسْتِحْسَانٌ، وَفِي القِيَاسِ: لَا يَأْخُذُهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَبَعٍ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي البَيْعِ مِن غَيْرِ ذِكْرٍ فَأَشْبَهَ المَتَاعَ فِي الدَّارِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ بِاعْتِبَارِ الِاتِّصَالِ صَارَ تَبَعًا، لِلْعَقَارِ كَالبِنَاءِ فِي الدَّارِ، وَمَا كَانَ مُرَكَّبًا فِيهِ فَيَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ. قَالَ: (وَكَذَلِكَ إِنْ ابْتَاعَهَا وَلَيْسَ فِي النَّخِيلِ ثَمَرٌ فَأَثْمَرَ فِي يَدِ المُشْتَرِي) يَعْنِي يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ، لِأَنَّهُ مَبِيعٌ تَبَعًا لِأَنَّ البَيْعَ سَرَى إِلَيْهِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي وَلَدِ المَبِيعِ. قَالَ: (فَإِنْ جَذَّهُ المُشْتَرِي ثُمَّ جَاءَ الشَّفِيعُ لَا يَأْخُذُ الثَّمَرَ فِي الفَصْلَيْنِ جَمِيعًا) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ تَبَعًا لِلْعَقَارِ وَقْتَ الأَخْذِ حَيْثُ صَارَ مَفْصُولًا عَنْهُ فَلَا يَأْخُذُهُ. .

قَالَ فِي الكِتَابِ: (وَإِنْ جَذّه المُشْتَرِي سَقَطَ عَنْ الشَّفِيعِ حِصَّتُهُ) قَالَ ﷺ (وَهَذَا جَوَابُ الفَصْلِ الأَوَّلِ) لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي البَيْعِ مَقْصُودًا فَيُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِن الثَّمَنِ (أَمَّا فِي الفَصْلِ الثَّانِي يَأْخُذُ مَا سِوَى الثَّمَرِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ) لِأَنَّ الثَّمَرَ لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا عِنْدَ العَقْدِ، فَلَا يَكُونُ مَبِيعًا إِلَّا تَبَعًا فَلَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِن الثَّمَنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

وفي القياس: لا يأخذه، وبه قال أحمد، والشافعي، فهو للمشتري مبقى إلى الجذاذ كالزرع، وكذا الثمرة المحدثة في يد المشتري كان له، ويبقى إلى الجذاذ كالزرع عندهما، وقول مالك كقولنا.

قوله: (وما كان مركبا فيه) أي: في المشفوع كالأبواب والسرر المركبة.

قوله: (في ولد المبيع) يعني إذا ولدت المبيعة قبل قبض المشتري يسري حكم البيع إليه، فيكون ملك المشتري كأمه.

قوله: (قال في الكتاب) أي: القدوري، فإن جَذَّه المشتري سقط عن الشفيع حصته.

(وهذا جواب الفصل الأول) وهو ما إذا ابتاع أرضًا على نخلها تمر، والفصل الثاني إذا ابتاعها وليس في النخيل تمر، فأثمر يأخذه بجميع الثمن.

(فاشترى الثمر) إلى آخره وهذا جواب ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف في قوله: الأول يأخذها بحصتها من الثمن في الفصل الثاني؛ لأن حال المشتري مع الشفيع كحاله مع البائع، ولهذا يتناول الثمار

الحادثة، حتى لا يبيعها مرابحة بلا بيان كالثمار الموجودة، فكذا في حق الشفيع.

وجه ظاهر الرواية وهو الذي رجع إليه أبو يوسف: أنه لا حصة له من الثمن؛ لأنه لم يرد عليه العقد ولا القبض الذي له شبهة العقد، ففواتها لا يوجب سقوط شيء من الثمن، أما لو كانت موجودة في يد المشتري كأن يضمّنه إلى الأصل، ويبيع الكل مرابحة، فإذا تناول ذلك لا يبيعها مرابحة بلا بيان، إلا أن يكون أنفق عليه مثل ما أكل.

أما الثمار الموجودة وقت العقد إذا أخذها المشتري، فلها حصة من الثمن، ولا حق للشفيع فيها بعد الجذاذ، ويطرح حصتها من الثمن عن الشفيع، كذا في المبسوط.

وفي الإيضاح: ولو [٢/ ٣٨٧/أ] أثمرت في يد البائع بعد البيع قبل القبض فأتلفه البائع برفع حصته؛ لأن ما حدث قبل القبض له حصة من الثمن، على اعتبار صيرورتهما مقصودًا بالقبض أو بالإتلاف، وعند الشافعي، وأحمد: ترفع حصة الثمن في جميع الصور.

بَابُ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لَا تَجِبُ

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة بعد ذكر نفس الشفعة مجملا إذ التفصيل يحتاج إلى سبق ذكر الإجمال.

العقار كل مال له أصل من دار أو ضيعة وإن كان مما لا يقسم، ثم عند الشافعي ومالك وأحمد في رواية لا شفعة فيما لا يقسم كالحمّام، والرحى، والنهر، والبئر، والطريق، وعندنا والثوري ومالك في رواية وأحمد في رواية وابن سريج من أصحاب الشافعي تثبت.

ولو كان البئر واسعة يمكن أن يبنى فيها ويجعل بئرين، والحمّام كثير البيوت يمكن جعله حمّامين، أو يمكن جعل كل بيت بيتين، أو الطاحونة كبيرة تجعل طاحونتين لكل واحدة حَجَران تثبت الشفعة فيها عند الشافعي على الأصح وبه قال أحمد وإن لم يكن كذلك وهو الغالب في هذه العقارات فلا شفعة فيها

قَالَ: (الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ فِي العَقَارِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُقْسَمُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا شُفْعَةَ فِيمَا لَا يُقْسَمُ، لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ دَفْعًا لِمُؤْنَةِ القِسْمَةِ، وَهَذَا لَا يَتَحَقَّقُ فِيمَا لَا يُقْسَمُ وَلَنَا: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ عَقَارٌ أَوْ رَبْعٌ» إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِن العُمُومَاتِ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ سَبَبُهَا الِاتِّصَالُ فِي المِلْكِ، وَالحِكْمَةُ دَفْعُ ضَرَرِ سُوءِ الجِوَارِ عَلَى مَا مَرَّ، وَأَنَّهُ يَنْتَظِمُ القِسْمَيْنِ مَا يُقْسَمُ وَمَا لَا يُقْسَمُ وَهُوَ الحَمَّامُ وَالرَّحَى وَالبِئْرُ وَالطَّرِيقُ.

قَالَ: (وَلَا شُفْعَةَ فِي العُرُوضِ وَالسُّفُنِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا شُفْعَةَ إِلَّا فِي رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ فِي إِيجَابِهَا فِي السُّفُنِ، ....

على الأصح كذا في شرح الوجيز.

للشافعي قوله ﷺ: «لَا شُفعَةَ في فناءٍ ولا طريقٍ ولَا منقَبةٍ»، والمنقبة الطريق الضيق، رواه أبو الخطاب.

وعن عثمان أنه قال: لا شفعة في بئر ولا محل، ولأن الشفعة تدفع ضرر مؤنة القسمة وفيما لم يقسم لا يتحقق فيه هذا المعنى، ولأن النص جاء بالشفعة في العقار والبئر غير العقار ولا يمكن التعدية من محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر فلا يمكن التعدية.

ولنا قوله ﷺ: «الشُّفعَةُ في كلِّ شيءٍ»، الحديث رواه جابر(١).

الرّبع: الدّار، والرّحى: أي بيتُ الرَّحى مع الرَّحى، والحائط البستان، ولأن الحمام لو كان مهدومًا فباع أحدهما نصيبه تثبت الشفعة، فكذا إذا كان غير مهدوم كالشقص من الدار.

ثم الشفعة في الرّحى والحمّام ما كان متصلًا بهما كالبناء، ولا يأخذ القصاع لأنها غير متصلة، كذا في المبسوط(٢).

وقدر الحمام يدخل في بيته بلا ذكر الحقوق فيأخذ الشفيع وحديث أبي الخطاب غير معروف وحديث عثمان يمكن أن يكون مذهبه إن ثبت وقد بينا أن الشفعة لدفع ضرر سوء الجوار وهذا يشمل الكل.

قوله: (وهو) أي: هذا الحديث حجة على مالك، فإنه قال في رواية: إن

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٣٥).

وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ لِدَفْعِ ضَرَرِ سُوءِ الجِوَارِ عَلَى الدَّوَامِ، وَالمِلْكُ فِي المَنْقُولِ لَا يَدُومُ حَسَبَ دَوَامِهِ فِي العَقَارِ فَلَا يُلْحَقُ بِهِ، وَفِي بَعْضِ نُسَخِ «المُخْتَصَرِ»: وَلَا شُفْعَةَ فِي البِنَاءِ وَالنَّخْلِ إِذَا بِيعَتْ دُونَ العَرْصَةِ، وَهُوَ صَحِيحٌ مَذْكُورٌ فِي الأَصْلِ، لِأَنَّهُ لَا قَرَارَ لَهُ فَكَانَ نَقْلِيًّا، ....

الشفعة تثبت في السفن من المنقولات فقط، وقال في رواية: تثبت الشفعة في جميع المنقولات كالحيوان، والثياب، والسفن، ونحوها.

وعن أحمد في رواية: تثبت الشفعة فيما لا ينقسم كالحجر، والسيف، والحيوان، وما في معنى ذلك، وعنه في رواية أخرى: أنها تثبت في البناء، والغِراس، وإن بيع منفردًا، وهو قول مالك؛ لعموم قوله ﷺ: «**الشّفعَةُ في كلِّ شيءٍ**»[1] وقوله عليه الصلاة والسلام: «**الشُّفعةُ فيما لَا يَنقَسِمُ**»[2] ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر، وحصول الضرر بالشركة، ولنا الحديث المذكور في المتن.

(ولأن الشفعة) إلى آخره.

قوله: (حسب) بسكون السين وفتحها، المقدار يعني الملك في المنقول لا يدوم كما يدوم في العقار، لا يشترى عادة للبيع بل لمصلحة المعاش بخلاف المنقول، فلا يلحق بالعقار.

قوله: (**فكان نقليًّا**) أي: البناء، والنخل، والشفعة في الأراضي الذي يملك رقابها، حتى لو باع الإمام الأراضي التي حازها لبيت المال، ويدفع إلى الناس مزارعة، فصار لهم فيها بناء وأشجار، فلو بيعت هذه الأراضي فبيعها باطل، وبيع البناء والشجر يجوز، ولكن لا شفعة فيها.

وكذا لو بيعت دار بجنب دار الوقف فلا شفعة للوقف، ولا يأخذها المتولي، وكذا إذا كانت هذه الدار وقفًا على رجل، فلا يكون للموقوف عليه الشفعة بسبب هذه الدار، كذا في الذخيرة، والمغني.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

وَهَذَا بِخِلَافِ العُلُوِّ، حَيْثُ يُسْتَحَقُّ بِالشُّفْعَةِ وَيُسْتَحَقُّ بِهِ الشُّفْعَةُ فِي السُّفْلِ إِذَا لَمْ يَكُنْ طَرِيقُ العُلُوِّ فِيهِ، لِأَنَّهُ بِمَا لَهُ مِن حَقِّ القَرَارِ التَحَقَ بِالعَقَارِ. قَالَ: (وَالمُسْلِمُ وَالذِّمِّيُّ فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءٌ) لِلْعُمُومَاتِ، وَلِأَنَّهُمَا يَسْتَوِيَانِ فِي السَّبَبِ وَالحِكْمَةِ فَيَسْتَوِيَانِ فِي

ولا يلزم على هذا استحقاق العبد المأذون والمكاتب الشفعة، ولا ملك لهما في رقبة الأرض؛ لأن استحقاقهما التصرف بالبيع والشراء قام مقام ملك الرقبة، كما قال أبو حنيفة رحمه الله بالشفعة للمشتري الذي له الخيار إذا بيعت دار بجنب تلك الدار المشتراة، مع أنه لا يقول له بالملك.

وعند الأئمة الثلاثة: لا شفعة بشركة الوقف، وإن كان الموقوف عليه معينًا، وفي المشتري الذي له الخيار تثبت [٢/ ٣٨٧/ ب] له الشفعة كما يجيء.

قوله: (بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة) أي: يؤخذ بالشفعة لو بيع العلو، فكان لذلك العلو طريق في دار رجل، صار صاحب الدار التي فيها الطريق أولى من صاحب الدار التي عليها العلو، لما أن الشريك في الطريق مقدم على الجار، ولو سلم صاحب الطريق وللعلو جار ملازق أخذها بالشفعة مع صاحب السفل؛ لاستوائهما في الجوار.

(ويستحق به) أي: بالعلو الشفعة في السفل بالجوار، وليس بشريك إذا لم يكن طريق العلو في السفل، كذا في الإيضاح.

وقوله: (إذا لم يكن طريق فيه) أي: في السفل لبيان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة لا لنفي الشفعة، إذا كان له طريق في السفل يأخذ الشفعة بسبب الشركة في الطريق لا بسبب الجوار، ويكون مقدمًا على الجار الملازق، كذا في الإيضاح، ولم يكن نظير البناء والنخل.

قوله: (والمسلم والذمي في الشفعة سواء)، وبه قال مالك، والشافعي، وأكثر أهل العلم.

وقال أحمد، وابن أبي ليلى، والحسن البصري، وعمر بن عبد العزيز: لا شفعة لكافر على مسلم؛ لما روى الدارقطني بإسناده عن أنس أنه ﷺ قال: «**لا**

الِاسْتِحْقَاقِ، وَلِهَذَا يَسْتَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالأُنْثَى، وَالصَّغِيرُ وَالكَبِيرُ، وَالبَاغِي وَالعَادِلُ،

شُفعةَ لِنَصرانِيٍّ»[1] ولأن الشفعة لدفع الضرر، ولا يجوز دفع ضرر الكافر بإلحاق الضرر على المسلم، ولأن هذا رفق شرعي فلا يستحقه منكر الشريعة.

ولنا عمومات الأحاديث ولا تعارض لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء:١٤١] لأن المراد نفي السبيل حكمًا لا حقيقة، ونفي السبيل بالاسترقاق مراد بالإجماع، فلا يراد غيره؛ لأن المقتضى لا عموم له، كذا قيل وفيه نوع تأمل.

ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فيستوي فيه المسلم والكافر كخيار العيب؛ لأن الذمي التزم أحكامنا في المعاملات، فكان الضرر مدفوعًا عنه وقد قضى شريح بالشفعة للذمي فأمضاه عمر، أما حديث الدارقطني فغريب وما ثبت صحته.

قوله: (والصغير والكبير) وفي المبسوط: قال ابن أبي ليلى: لا شفعة للصغير، يروى هذا عن النخعي، والحارث العكلي؛ لأن الصبي لا يمكنه الأخذ، ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ؛ لما فيه من الإضرار بالمشتري، وليس للمولى الأخذ؛ لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ، ولأن الصغير في الجوار تبع فهو في معنى المستعير والمستأجر.

وللعامة العمومات، ولأن سبب الاستحقاق الشركة والجوار، يستوي فيه الصغير والكبير، والصغير محتاج إلى الأخذ؛ لدفع الضرر في ثاني الحال، وإن لم يكن محتاجًا إلى ذلك في الحال، والولي يملك الأخذ كالرد بالعيب نظرًا له، وإنما لا يملك العفو؛ لأن فيه إسقاط حقه، وفيه ضرر له.

وفي المبسوط: يثبت حق الشفعة للحمل الذي لم يولد؛ لأن الحمل من أهل الملك بالإرث، فيتحقق سبب الاستحقاق في حقه، حتى لو وضعت الحبلى حملها، وقد ثبت نسبه شَركَ الورثة في الشفعة، وإن كان الوضع بعد البيع لأكثر

---

(١) أخرجه الدارقطني في العلل (١٢/ ٦١)، والعقيلي في الضعفاء (٤/ ٣١٣).
قال الدارقطني والعقيلي: والصواب: عن حميد الطويل، عن الحسن من قوله، وضعفه الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ١٥٩).

وَالحُرُّ وَالعَبْدُ، إِذَا كَانَ مَأْذُونًا أَوْ مُكَاتَبًا. قَالَ: (وَإِذَا مَلَكَ العَقَارَ بِعِوَضٍ هُوَ مَالٌ وَجَبَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ) لِأَنَّهُ أَمْكَنَ مُرَاعَاةُ شَرْطِ الشَّرْعِ فِيهِ وَهُوَ التَّمَلُّكُ بِمِثْلِ مَا تَمَلَّكَ بِهِ المُشْتَرِي صُورَةً أَوْ قِيمَةً عَلَى مَا مَرَّ قَالَ: (وَلَا شُفْعَةَ فِي الدَّارِ الَّتِي يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ عَلَيْهَا، أَوْ يُخَالِعُ المَرْأَةَ بِهَا، أَوْ يَسْتَأْجِرُ بِهَا دَارًا أَوْ غَيْرَهَا، أَوْ يُصَالِحُ بِهَا عَنْ دَمِ عَمْدٍ، أَوْ يَعْتِقُ عَلَيْهَا عَبْدًا) لِأَنَّ الشُّفْعَةَ عِنْدَنَا إِنَّمَا تَجِبُ فِي مُبَادَلَةِ المَالِ بِالمَالِ لِمَا

من ستة أشهر؛ لأنا لما حكمنا بثبوت نسبه من الميت فقد حكمنا بالإرث له، وبكونه موجودًا عند البيع فصار كما لو كان أحد الشركاء غائبًا ثم حضر، له أن يشركهم في الشفعة ويأخذ حصته، وكذا لو كان من أهل البدع، له الشفعة عند عامة العلماء كالفاسق بالأعمال[1].

وعن أحمد: لا شفعة لغلاة الروافض الذين يحكم بكفرهم؛ لأنه لا شفعة لكافر على مسلم.

قوله: (إذا كان مأذونًا) يسعى، يستحق الشفعة العبد المأذون إذا كان بائع الدار غير المولى بلا خلاف، وإذا كان البائع مولى العبد يأخذ بالشفعة إذا كان عليه دين، ذكره في المبسوط.

وقياس قول الأئمة الثلاثة: لا يأخذ كما لو لم يكن عليه دين.

قوله: (وإذا ملك العقار بعوض)، قيد به لأنه إذا ملك العقار بالهبة، والصدقة، والوصية، والإرث لا شفعة له عند عامة أهل العلم، ومنهم مالك، والشافعي، وأحمد.

وحكي عن مالك رواية في المنتقل بصدقة أو هبة فيه الشفع، وبه قال ابن أبي ليلى، ويأخذه الشفيع بقيمته؛ لأن الشفعة لدفع ضرر الشريك أو الجار، وهذا موجود في التمليك كيفما كان، ولا الإقدام على الشراء دليل، وبذل بدله أيضًا دليل، فانتزاعه منه أعظم ضررًا من أخذه ممن لم يؤخذ منه دليل الحاجة وهو الموهوب للعامة أنه انتقل بغير عوض فأشبه الميراث.

ولأن النص [٢/ ٣٨٨/أ] ورد في البيع، والهبة ليست في معناه فلا تلحق به.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٦٦).

بَيِّنًا، وَهَذِهِ الأَعْوَاضُ لَيسَتْ بِأَمْوَالٍ، فَإِيجَابُ الشُّفْعَةِ فِيهَا خِلَافُ المَشْرُوعِ وَقَلْبُ المَوْضُوعِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ تَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ، لِأَنَّ هَذِهِ الأَعْوَاضَ مُتَقَوِّمَةٌ عِنْدَهُ فَأَمْكَنَ الأَخْذُ بِقِيمَتِهَا إنْ تَعَذَّرَ بِمِثْلِهَا كَمَا فِي البَيْعِ بِالعَرْضِ، بِخِلَافِ الهِبَةِ، لِأَنَّهُ لَا عِوَضَ فِيهَا رَأْسًا، وَقَوْلُهُ: يَتَأَتَّى فِيمَا إذَا جَعَلَ شِقْصًا مِن دَارٍ مَهْرًا أَوْ مَا يُضَاهِيهِ،

(وعند الشافعي يجب فيها)، أي: في هذه الصورة الشفعة وبقوله قال مالك وأحمد في رواية ابن حامد عنه وابن شبرمة وابن أبي ليلى والحارث العكلي.

ثم اختلفوا بم يأخذه؟ قال مالك، وابن شبرمة، وابن أبي ليلى: يأخذه بقيمة الشقص؛ لأنا لو أوجبنا عليه مهر المثل لقومنا البضع على الأجانب.

وقال الشافعي، وأبو حامد، والعكلي: أخذه بالمهر في التزوج والخلع والمتعة بأن صالح على متعتها؛ لأن البدل مما لا مثل له فيأخذ بقيمة البدل وهي المهر، وبقولنا قال أحمد ظاهرًا، والحسن، والشعبي، وأبو ثور، وابن المنذر.

قوله: (لأن هذه الأعواض متقومة) كالأعيان فإذا جعل الدلو عوضًا عن البضع أو نحوه وقد تعذر على الشفيع الأخذ به، فيأخذ بقيمته، وهو مهر المثل كما لو اشترى بعبد.

قوله: (ويضاهيه) كبدل الخلع، والأجرة، وبدل الصلح، وبدل العتق.

وقلنا: المال ليس بمثل للمستحق بعقد النكاح لا صورة ولا معنى، فلم يصلح قيمة له؛ لأن قيمة الشيء ما يقوم مقامه؛ لاتحادهما في المعنى الخاص، وهو المالية، وهذا المعنى لا يتحقق بين المستحق بالنكاح وبين المال.

غير أن الشرع جعل ملك النكاح مضمونًا بالمهر إبانة لخطر المحل، وصونًا لهذا العقد عن التشبه بالإباحة على ما قرر في الأصول، فظهر تقومه في حق هذا المعنى خاصة، على خلاف القياس لمكان الضرورة، فلا يظهر التقوم في حق غيره، وكذا الدم، والعتق غير متقوم؛ لأن قيمة الشيء ما يقوم مقامه في المعنى الخاص المطلوب، وهو معدوم فيهما، وإنما وجب الدية صيانة للدم عن الهدر، والإعتاق إزالة المالية وإسقاطها، فأنى يقوم المال مقامه؟

لِأَنَّهُ لَا شُفْعَةَ عِنْدَهُ إِلَّا فِيهِ، وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّ تَقَوُّمَ مَنَافِعِ البُضْعِ فِي النِّكَاحِ وَغَيْرِهَا بِعَقْدِ الإِجَارَةِ ضَرُورِيٌّ فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشُّفْعَةِ، وَكَذَا الدَّمُ وَالعِتْقُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ، لِأَنَّ القِيمَةَ مَا يَقُومُ مَقَامَ غَيْرِهِ فِي المَعْنَى الخَاصِّ المَطْلُوبِ وَلَا يَتَحَقَّقُ فِيهِمَا، وَعَلَى هَذَا: إِذَا تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ مَهْرٍ ثُمَّ فَرَضَ لَهَا الدَّارَ مَهْرًا، لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ المَفْرُوضِ فِي العَقْدِ فِي كَوْنِهِ مُقَابِلًا بِالبُضْعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهَا بِمَهْرِ المِثْلِ أَوْ بِالمُسَمَّى، لِأَنَّهُ مُبَادَلَةُ مَالٍ بِمَالٍ، وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى دَارٍ عَلَى أَنْ تَرُدَّ عَلَيْهِ أَلْفًا، فَلَا شُفْعَةَ فِي جَمِيعِ الدَّارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تَجِبُ فِي حِصَّةِ الأَلْفِ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ مَالِيَّةٌ فِي حَقِّهِ.

وَهُوَ يَقُولُ: مَعْنَى البَيْعِ فِيهِ تَابِعٌ، وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ، وَلَا يَفْسُدُ بِشَرْطِ

قوله: (في كونه) أي: في كون المفروض بعد العقد مقابلًا بالبضع، وفي النهاية والأولى في تعليل هذه المسألة، ما ذكره في المبسوط، وهو أن الشفعة تختص بمعاوضة مال بمال مطلق، والبضع ليس بمال، فكان المملوك صداقًا بمنزلة الموهوب، فلا تجب فيه الشفعة، وهذا لأن الشفيع إنما يتملك بمثل السبب الذي تملك به المشتري، فإن الشرع قدم الشفيع على المشتري في حق الأخذ له بذلك السبب لا بإنشاء سبب آخر[1].

ولهذا لا تجب الشفعة في الموهوب؛ لأنه لو أخذه أخذه بعوض؛ فكان سببًا آخر غير السبب الذي تملك به المتملك، فكذلك هاهنا المرأة ملكتها صداقًا، ولو أخذها الشفيع كان شراء، فكان سببًا آخر، وإنما قلنا هذا؛ لأن الصفة المضافة إلى المشترى تنتقل إلى الشفيع عند الأخذ كما ذكرنا.

وقيل: هذا في الحقيقة ما ذكره في الكتاب.

قوله: (وقالا يجب في حصة الألف) أي: يقسم الدار على مهر مثلها، وألف درهم فما أصاب الألف يجب فيه الشفعة، وبه قال أحمد اعتبارًا للبعض بالكل.

(وهو) أي: أبو حنيفة يقول: البيع تبع للنكاح هاهنا؛ لأن العقد حصل بلفظ النكاح، ولو كان هذا أصلًا لكان نكاحًا في بيع فيفسد البيع، ولما جاز

---

(١) المبسوط للسرخسي (٥/ ٧٨).

النِّكَاحِ فِيهِ، وَلَا شُفْعَةَ فِي الأَصْلِ فَكَذَا فِي التَّبَعِ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ شُرِعَتْ فِي الْمُبَادَلَةِ الْمَالِيَّةِ الْمَقْصُودَةِ، حَتَّى أَنَّ الْمُضَارِبَ إِذَا بَاعَ دَارًا وَفِيهَا رِبْحٌ لَا يَسْتَحِقُّ رَبُّ الْمَالِ الشُّفْعَةَ فِي حِصَّةِ الرِّبْحِ لِكَوْنِهِ تَابِعًا فِيهِ. قَالَ: (أَوْ يُصَالِحُ عَلَيْهَا بِإِنْكَارٍ، فَإِنْ صَالَحَ عَلَيْهَا بِإِقْرَارٍ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ) قَالَ ﷺ: هَكَذَا ذُكِرَ فِي أَكْثَرِ نُسَخِ الْمُخْتَصَرِ، وَالصَّحِيحُ: أَوْ يُصَالِحُ عَنْهَا بِإِنْكَارٍ مَكَانَ قَوْلِهِ: أَوْ يُصَالِحُ عَلَيْهَا، لِأَنَّهُ إِذَا صَالَحَ عَنْهَا بِإِنْكَارٍ ....

ثبت أنه تبع، ولا شفعة في الأصل، فكذا في البيع.

قوله: (لكونه) أي: الربح تابعًا لرأس المال، وليس في مقابلة رأس المال شفعة؛ لأن المضارب وكيل رب المال في البيع، وكل من يبيع له لا تجب الشفعة له، فكذا لا يجب في البيع.

وفي الإيضاح، والمغني: فلو باع المضارب دارًا من المضاربة ورب المال شفيعها لا شفعة له، سواء كان في الدار ربح أو لا، وهذا الخلاف قالوا اشترى المضارب دارًا ورب المال شفيعها، حيث يأخذها رب المال وإن وقع الشراء له، ولكن في الحكم كأنه قال ثالث: ألا ترى أنه لا يقدر أن ينزعه من يده فيكون أن يأخذه.

وذكر محمد في المسألة الأولى: وليس إذا كان رب المال لا يملك نهيه عن البيع، ما يدل على أن المضارب ليس بوكيل بالبيع من جهته، ألا ترى أن رجلًا رهن دارًا وسلط العدل على بيعها عند حلول الأجل، لم يكن للراهن أن ينهاه عن البيع، ولو باعها العدل والراهن شفيعها لا شفعة للراهن؛ لأن العدل وكيله مع أن الراهن لا يملك نهيه عن البيع.

قوله: (فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة)، ولا خلاف للأئمة الثلاثة فيها.

قوله: (والصحيح أن [٢/٣٨٨/ب] يصالح عنها، مكان يصالح عليها) لأنه عطف في المختصر.

قوله: (أو يصالح بإنكار) على الصور التي لا شفعة فيها، وهي التزوج،

بَقِيَ الدَّارُ فِي يَدِهِ، فَهُوَ يَزْعُمُ أَنَّهَا لَمْ تَزُلْ عَنْ مِلْكِهِ، وَكَذَا إِذَا صَالَحَ عَنْهَا بِسُكُوتٍ، لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ بَذَلَ المَالَ افْتِدَاءً لِيَمِينِهِ وَقَطْعًا لِشَغَبِ خَصْمِهِ، كَمَا إِذَا أَنْكَرَ صَرِيحًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَنْهَا بِإِقْرَارٍ، لِأَنَّهُ مُعْتَرِفٌ بِالمِلْكِ لِلْمُدَّعِي، وَإِنَّمَا اسْتَفَادَهُ بِالصُّلْحِ فَكَانَ مُبَادَلَةً مَالِيَّةً.

أَمَّا إِذَا صَالَحَ عَلَيْهَا بِإِقْرَارٍ، أَوْ سُكُوتٍ، أَوْ إِنْكَارٍ، وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ أَخَذَهَا عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ فِي زَعْمِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِن جِنْسِهِ فَيُعَامَلَ بِزَعْمِهِ. قَالَ: (وَلَا شُفْعَةَ فِي هِبَةٍ) لِمَا ذَكَرْنَا، (إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِعِوَضٍ مَشْرُوطٍ) لِأَنَّهُ بَيْعٌ انْتِهَاءً، وَلَا بُدَّ مِن القَبْضِ وَأَنْ لَا يَكُونَ المَوْهُوبُ وَلَا عِوَضُهُ شَائِعًا، لِأَنَّهُ هِبَةٌ ابْتِدَاءً

والخلع، والصلح، والعتق، فيقتضي أن لا شفعة فيها، وليس كذلك؛ لأن الصلح إذا وقع على الدار تثبت الشفعة كما ذكر في المتن، ولو وقع في الصلح عنها لا تثبت؛ لأنه ذكر في الذخيرة وغيرها: لو صالح على دار تثبت الشفعة، سواء كان الصلح على إنكار، أو سكوت، أو إقرار، ولو صالح عن دعوى دار وصالح عن إقرار تثبت، ولو كان عن إنكار وسكوت لا تثبت، وعلل كما ذكر في المتن.

قوله: (في جميع ذلك) أي: في الأحوال الثلاث (لأنه) أي: المدعي (يأخذها) أي: الدار (عوضا عن حقه في زعمه) أي: في زعم المدعي (إذا لم يكن) أي: العوض من جنس حقه قيد به لأنه إذا كان (من جنس حقه) بأن صالح على بيت من دار، فإنه أخذ عين حقه، فلا يكون معارضة، وقد مر في الصلح فلا تجب الشفعة.

قوله: (ولا شفعة في هبة) وبه قال الشافعي، وأحمد، خلافا لمالك، وقد بينا خلافه.

وقوله: (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله: (بخلاف الهبة) إلى آخره.

قوله: (ولا بد من القبض) في العوضين، وعند زفر تجب الشفعة في الهبة بشرط العوض قبل التقابض، وبه قال الشافعي، وأحمد، ومالك؛ لأن هذا بيع؛ ويثبت فيه أحكام البيع؛ وذكر العوض صرف اللفظ عن مقتضاه.

وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي كِتَابِ الهِبَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ العِوَضُ مَشْرُوطًا فِي العَقْدِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا هِبَةٌ مُطْلَقَةٌ، إِلَّا أَنَّهُ أُثِيبَ مِنهَا فَامْتَنَعَ الرُّجُوعُ. قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ فَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ) لِأَنَّهُ يَمْنَعُ زَوَالَ المِلْكِ عَنْ البَائِعِ (فَإِنْ أَسْقَطَ الخِيَارَ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ) لِأَنَّهُ زَالَ المَانِعُ عَنْ الزَّوَالِ، وَيُشْتَرَطُ الطَّلَبُ عِنْدَ سُقُوطِ الخِيَارِ فِي الصَّحِيحِ، لِأَنَّ البَيْعَ يَصِيرُ سَبَبًا لِزَوَالِ المِلْكِ عِنْدَ ذَلِكَ.

(وَإِنْ اشْتَرَى بِشَرْطِ الخِيَارِ وَجَبَ الشُّفْعَةُ) لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ زَوَالَ المِلْكِ عَنْ البَائِعِ بِالِاتِّفَاقِ، وَالشُّفْعَةُ تُبْتَنَى عَلَيْهِ ....

قوله: (وقد قررناه في كتاب الهبة) بشرط العوض تبرع ابتداء، ومعاوضة انتهاء، إذا اتصل القبض من الجانبين تثبت الشفعة فيهما، بخلاف ما إذا عوضه بلا شرط، حيث لا تثبت الشفعة في العوضين؛ لأن كل واحد هبة، والهبة الثانية أثرت في إبطال حق الرجوع لا أن يكون عوضًا عن الموهوب، كذا في الأوضح، والإيضاح.

قوله: (وإن سقط الخيار وجبت الشفعة) ولا خلاف فيه.

وقوله: (في الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ: إنه يشترط الطلب عند وجود البيع؛ لأنه هو السبب، والأصح أنه يشترط عند سقوط الخيار؛ لأن السبب إنما يصير مفيدًا؛ لزوال ملكه عند سقوط الخيار، والشفعة مبنية على زوال ملك البائع.

قوله: (لأنه) شرط خيار المشتري (لا يمنع زوال ملك البائع) إلى آخره، وبه قال أحمد في وجه، والشافعي [في][1] قول، وهو رواية المزني.

وفي شرح الوجيز: وهذا هو الأصح عند عامة الأصحاب، وقال أحمد في ظاهر مذهبه، والشافعي في قول: لا تثبت الشفعة إلا بعد سقوط خيار المشتري، كما في خيار البائع، وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأن العقد بعرضية الفسخ، وهو قول مالك.

وفي الحلية: واختاره أبو إسحاق المروزي من أصحابنا، وهو رواية الربيع.

قوله: (والشفعة تبتني عليه) أي: على زوال الملك، يعني إذا كان الخيار

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

عَلَى مَا مَرَّ، وَإِذَا أَخَذَهَا فِي الثُّلُثِ وَجَبَ الْبَيْعُ لِعَجْزِ الْمُشْتَرِي عَنْ الرَّدِّ، وَلَا خِيَارَ لِلشَّفِيعِ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ، وَهُوَ لِلْمُشْتَرِي دُونَ الشَّفِيعِ، وَإِنْ بِيعَتْ دَارٌ إِلَى جَنْبِهَا وَالخِيَارُ لِأَحَدِهِمَا فَلَهُ الأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ، أَمَّا لِلْبَائِعِ فَظَاهِرٌ لِبَقَاءِ مِلْكِهِ فِي الَّتِي يُشْفَعُ

للمشتري يملك المبيع عند أبي يوسف، ومحمد، وهو ظاهر وعند أبي حنيفة، تبتني الشفعة على زوال ملك البائع.

وقوله: (**على ما مر**) إشارة إلى قوله في أول باب الشفعة: (والشفعة تجب بالعقد) إلى قوله: (والوجه فيه إنما تجب الشفعة إذا رغب البائع عن ملك الدار) إلى آخره.

قوله: (**وإذا أخذها في الثلث**) أي: إذا أخذ الشفيع الشفعة في مدة الخيار التي هي ثلاث، وقيد بالثلاث؛ لتكون على الاتفاق.

قوله: (**وجب البيع**) أي: تحقق، وقرر، وثبت البيع الذي بين البائع والمشتري، وإنما ذكر هذا؛ لأن المشتري بخيار الشرط، لو رد البيع بحكم الخيار قبل الأخذ بالشفعة لم يثبت البيع، وينفسخ من الأصل، فحينئذ لا يتمكن الشفيع من طلب الشفعة؛ لأن هذا ليس بإقالة بل انفساخ من الأصل، وكان السبب منعدمًا في حقه من الأصل، إليه أشار في المبسوط.

قوله: (**ولا خيار للشفيع**) أي: لا يثبت الخيار الذي كان للمشتري للشفيع، وإن كان فيه انتقال إضافة الصفقة من المشتري إلى الشفيع؛ لما أن الخيار يثبت بالشرط كَاسْمِهِ، والشرط كان للمشتري لا للشفيع، وإنما الانتقال في نفس البيع لا شرطيه.

قوله: (**والخيار لأحدهما**) أي: لأحد المتعاقدين (**فلهُ**) أي: فلمن له الخيار الأخذ بالشفعة.

قوله: (**لبقاء ملكه**) أي: ملك البائع فيها، إذ خياره يمنع خروج ملكه، فإذا أخذ بالشفعة فهذا نقض منه للبيع، إذ لو لم يجعل نقضًا فإذا أجاز البيع بعد ذلك ملكها المشتري من وقت العقد، حتى يستحق زوائدها، فتبين أنه أخذ الشفعة بغير حق، كذا في المبسوط.

قوله: (**وفيه إشكال أوضحناه في البيوع**) وقد كان البلخي يدعي [٢/ ٣٨٩/ أ] المناقضة على أبي حنيفة حيث قال: إذا كان الخيار للمشتري لا يملك

بِهَا، وَكَذَا إِذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي وَفِيهِ إِشْكَالٌ أَوْضَحْنَاهُ فِي الْبُيُوعِ فَلَا نُعِيدُهُ، وَإِذَا أَخَذَهَا كَانَ إِجَازَةً مِنهُ لِلْبَيْعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَاهَا وَلَمْ يَرَهَا، حَيْثُ لَا يَبْطُلُ خِيَارُهُ بِأَخْذِ مَا بِيعَ بِجَنْبِهَا بِالشُّفْعَةِ، لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ لَا يَبْطُلُ بِصَرِيحِ الإِبْطَالِ فَكَيْفَ بِدَلَالَتِهِ، ثُمَّ إِذَا حَضَرَ شَفِيعُ الدَّارِ الأُولَى، لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا دُونَ الثَّانِيَةِ، لِانْعِدَامِ مِلْكِهِ فِي الأُولَى حِينَ بِيعَتْ الثَّانِيَةُ. قَالَ: (وَمَنْ ابْتَاعَ دَارًا شِرَاءً فَاسِدًا فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا) أَمَّا قَبْلَ

المبيع، وهاهنا يقول بأخذ الشفعة، وهو مستلزم للملك، فقال في المبسوط: عذره أن المشتري أحق بها مع خياره، فيكفي ذلك للشفعة كالمأذون، والمكاتب.

وفي النهاية: هذه الحوالة غير رائجة في حق الإشكال؛ لأن فيه جواب الإشكال لا الإشكال، وهو قوله: (ومن اشترى دارًا) على أنه بالخيار (فبيعت دار إلى جنبها) إلى آخره.

قيل: ذكر الإشكال بطريق الضمن **بقوله**: (وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة خاصة)، فتكون الحوالة رابحة.

وقيل: ذكر البيوع هذا الكتاب(١) فيمكن أن يكون ذكره [في](٢) بيوع كفاية المنتهي.

قوله: (**لانعدام ملكه**) أي: ملك الشفيع الذي حضر في الدار الأولى حين بيعت الثانية؛ لأنه إنما يتملكها الآن، فلا يصير بها جارًا للدار، أو شريكًا من وقت العقد.

وفي المبسوط: إلا أن يكون له دار أخرى بجنبها.

قوله: (**فلا شفعة فيها**) أي: في الدار المشتراة شراءً فاسدًا، ولا خلاف فيه للفقهاء.

---

(١) كذا في النسخ الخطية، وفي العناية شرح الهداية (٤٠٨/٩): وقيل: لم يقل في البيوع من هذا الكتاب.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الْقَبْضِ فَلِعَدَمِ زَوَالِ مِلْكِ الْبَائِعِ، وَبَعْدَ الْقَبْضِ لِاحْتِمَالِ الْفَسْخِ، وَحَقُّ الْفَسْخِ ثَابِتٌ بِالشَّرْعِ لِدَفْعِ الْفَسَادِ، وَفِي إِثْبَاتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ تَقْرِيرُ الْفَسَادِ فَلَا يَجُوزُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي فِي الْبَيْعِ الصَّحِيحِ، لِأَنَّهُ صَارَ أَخَصَّ بِهِ تَصَرُّفًا وَفِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ مَمْنُوعٌ عَنْهُ. قَالَ: (فَإِنْ سَقَطَ حَقُّ الْفَسْخِ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ) لِزَوَالِ الْمَانِعِ، وَإِنْ

وفي الذخيرة: هذا إذا وقع البيع فاسدًا في الابتداء، أما إذا وقع صحيحًا ثم فسد، يبقى حق الشفعة كما لو اشترى النصراني دارًا بخمر فلم يتقابضا حتى أسلما أو أحدهما، أو قبض الدار ولم يقبض الخمر، فإن البيع يفسد، وللشفيع أن يأخذها بالشفعة.

قوله: (في الفاسد ممنوع عنه) أي: عن التصرف ولا خلاف فيه للفقهاء.

فإن قيل: لم لا يجعل في الأخذ بالشفعة إسقاط الفساد في حق الشفيع، كما أسقط الخيار الخيار الثابت للمشتري في حق الشفيع، فيستحقها بدون شرط الخيار على ما مر، ولو فعلنا كذلك لا يلزم تقرير الفساد.

قلنا: يلزم فساد آخر، وهو جعل البيع بلا ثمن إذا كان الفساد لمعنى راجع إلى العوض، كجعل الخمر ثمنًا، أما الخيار لمعنى خارج من العوضين، فإنه للتأمل والتروي، فبإسقاطه لا يلزم ذلك، ولهذا لا يثبت للشفيع بعد الأخذ.

قوله: (فإن سقط الفسخ) أي: إن[1] سقط حق الفسخ للبائع في البيع الفاسد بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أبي حنيفة، وبالبيع من آخر بالاتفاق.

(وجبت الشفعة) أي: ثبتت **(لزوال المانع)** وهو حق الفسخ للبائع، كما لو كان في البيع خيار البائع، فسقط الخيار، ثم للشفيع أن يأخذها بالبيع الثاني بالثمن المذكور، وإن شاء نقض البيع الثاني، ويأخذه بالبيع الأول بقيمتها؛ لأنه اجتمع سببان، فله أن يأخذ بأيهما شاء، فإن أخذ في البيع الثاني أخذ بالثمن؛ لأن البيع الثاني صحيح؛ فيملكها بالثمن، وإن أخذ بالأول أخذ بالقيمة؛ لأن المبيع في البيع الفاسد مضمون بالقيمة.

---

(١) في الأصل: (ان ان)، وكتب فوق الثانية: (كذا)، والمثبت من النسخة الثانية.

بِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِهَا وَهِيَ فِي يَدِ البَائِعِ بَعْدُ، فَلَهُ الشُّفْعَةُ لِبَقَاءِ مِلْكِهِ، وَإِنْ سَلَّمَهَا إِلَى المُشْتَرِي فَهُوَ شَفِيعُهَا لِأَنَّ المِلْكَ لَهُ ....

فإن قيل: إذا نقض البيع الثاني يجب أن يعود حق الثاني في الاسترداد، وحينئذ لا تثبت الشفعة.

قلنا: انتقاض البيع الثاني مع صحته بحق الشفيع مقتضى للتملك بالشفعة، فلا يجوز أن يكون مُبطِلًا حق الشفيع؛ لئلا يعود على موضوعه بالنقض، وبالبناء والغرس ينقطع حق الفسخ للبائع عند أبي حنيفة، خلافا لهما وقد مر في البيوع.

ثم إذا أخذها الشفيع بعد البناء والغرس، عنده: للشفيع أن يأخذ المشترى لهدم البناء كماله في البيع الصحيح، ولا يلزم أنَّ بَعدَ هدم البناء يظهر حق الفسخ في البيع، فلا شفعة؛ لأنه إنما يظهر حقه إذا لم يتعلق به حق الغير، وقد تعلق به حق الغير، فصار كالبيع الصحيح، وإن اتخذها المشتري مسجدًا فعلى هذا الخلاف، وقيل: ينقطع بحقه إجماعًا.

قوله: (وهي) أي: الدار المسماة شراء فاسدًا في يد البائع فله أي للبائع الشفعة لأنه لم يخرج عن ملكه بالبيع الفاسد.

قوله: لأن الملك له أي للمشتري ولا يقال في هذا تقرير الفساد في حق المشتري حيث أخذ المبيعة بالشفعة بالشراء الفاسد وقد ثبت قبل هذا وفيه أي في إثبات الشفعة تقرير الفساد لأنا نقول لا يلزم تقرير الفساد لأن المشتري متمكن من الفسخ فيما اشتراه فاسدًا بعد أخذ المبيعة بالشفعة المبيعة بجنبها ولا فساد في التي أخذها بالشفعة أما لو قلنا بثبوت الشفعة في المبيعة فاسدا تنتقل إلى الشفيع من المشتري بوصف الفساد على ما ذكرنا وكان فيه تقرير الفساد.

فإن قيل: ينبغي أن يمنع حق استرداد [٢/ ٣٨٩/ ب] البائع في الفاسد للمشتري من الأخذ بالشفعة في المبيعة بجنبها كما منع في المشتراة شراءً فاسدًا وإن ملكها المشتري.

قلنا: سبب وجوب الشفعة إما شركة، أو جوار. وقد وجد هذا في حق المشتري بالشراء الفاسد بعد قبضها فتثبت الشفعة وتعلق حق الغير بمعنى لا يمنع وجوب الشفعة للمالك كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة لا يمنع وجوب

ثُمَّ إِنْ سَلَّمَ البَائِعُ قَبْلَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَهُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ كَمَا إِذَا بَاعَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا سَلَّمَ بَعْدَهُ، لِأَنَّ بَقَاءَ مِلْكِهِ فِي الدَّارِ الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا بَعْدَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ، فَبَقِيَتْ المَأْخُوذَةُ بِالشُّفْعَةِ عَلَى مِلْكِهِ، وَإِنْ اسْتَرَدَّهَا البَائِعُ مِن المُشْتَرِي قَبْلَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَهُ بَطَلَتْ لِانْقِطَاعِ مِلْكِهِ عَنْ الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا قَبْلَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ، وَإِنْ اسْتَرَدَّهَا بَعْدَ الحُكْمِ بَقِيَتْ الثَّانِيَةُ عَلَى مِلْكِهِ لِمَا بَيَّنَّا. قَالَ: (وَإِذَا اقْتَسَمَ الشُّرَكَاءُ العَقَارَ فَلَا شُفْعَةَ لِجَارِهِمْ بِالقِسْمَةِ) لِأَنَّ القِسْمَةَ فِيهَا مَعْنَى الإِفْرَازِ، وَلِهَذَا يَجْرِي فِيهَا الجَبْرُ؛ وَالشُّفْعَةُ مَا شُرِعَتْ إِلَّا فِي المُبَادَلَةِ المُطْلَقَةِ. قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَى دَارًا فَسَلَّمَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ، ثُمَّ رَدَّهَا المُشْتَرِي بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ، أَوْ شَرْطٍ، أَوْ بِعَيْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ، فَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ) لِأَنَّهُ فَسْخٌ مِن كُلِّ وَجْهٍ فَعَادَ إِلَى قَدِيمِ مِلْكِهِ وَالشُّفْعَةُ فِي إِنْشَاءِ العَقْدِ، وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ القَبْضِ وَعَدَمِهِ (وَإِنْ رَدَّهَا بِعَيْبٍ بِغَيْرِ قَضَاءٍ، أَوْ تَقَايَلَا البَيْعَ فَلِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ) لِأَنَّهُ فَسْخٌ فِي حَقِّهِمَا لِوِلَايَتِهِمَا عَلَى أَنْفُسِهِمَا، وَقَدْ قَصَدَا

الشفعة للراهن إذا بيعت دار بجنبها كذا في المبسوط، مع أنا بينا أن في البيع الفاسد في ثبوت الشفعة تقرير الفساد.

قوله: (ثم إن سلَّم) أي: المبيعة بيعا فاسدًا (قبل الحكم بالشفعة) للبائع في المبيعة بجنبها (بطلت شفعته) أي: شفعة البائع كما لو باعها.

(بخلاف ما إذا سلَّم بعده) أي: بعد الحكم بالشفعة له.

(وإن استردها) أي: البائع المبيعة بيعًا فاسدًا.

(بقيت الثانية) أي: الدار المأخوذة بالشفعة لما بينَّا، وهو أن بقاء ملكه في التي يشفع بها بعد الحكم ليس بشرط.

قوله: (وإن ردها بعيب بغير قضاء قاض أو تقايلا فللشفيع الشفعة)، وبه قال مالك، وأحمد في رواية في المقايلة، وقال الشافعي: كل فسخ حصل بأي سبب كان لم يكن للشفيع أخذه؛ لأنه عاد إلى المالك؛ لزوال العقد، وبه قال أحمد في المشهور منه وزفر.

الفَسْخَ، وَهُوَ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ لِوُجُودِ حَدِّ البَيْعِ، وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ بِالتَّرَاضِي وَالشَّفِيعُ ثَالِثٌ، وَمُرَادُهُ الرَّدُّ بِالعَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ، لِأَنَّ قَبْلَهُ فَسْخٌ مِن الأَصْلِ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ عَلَى مَا عُرِفَ؛ وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلَا شُفْعَةَ فِي قِسْمَةٍ وَلَا خِيَارِ رُؤْيَةٍ، وَهُوَ بِكَسْرِ الرَّاءِ، وَمَعْنَاهُ: لَا شُفْعَةَ بِسَبَبِ الرَّدِّ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَلَا تَصِحُّ الرِّوَايَةُ بِالفَتْحِ عَطْفًا عَلَى الشُّفْعَةِ، لِأَنَّ الرِّوَايَةَ مَحْفُوظَةٌ فِي كِتَابِ القِسْمَةِ أَنَّهُ يَثْبُتُ فِي القِسْمَةِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَخِيَارُ الشَّرْطِ، لِأَنَّهُمَا يَثْبُتَانِ لِخَلَلٍ فِي الرِّضَا فِيمَا يَتَعَلَّقُ لُزُومُهُ بِالرِّضَا، وَهَذَا المَعْنَى مَوْجُودٌ فِي القِسْمَةِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ أَعْلَمُ.

قوله: (ومراده) أي: مراد القدوري من قوله: ثم ردها المشتري بعيب بقضاء قاضٍ الرد بعد القبض؛ لأن الرد قبل القبض فسخ؛ وإن كان بغير قضاء.

(**على ما عرف**) أي: في البيوع.

قوله: (**وفي الجامع**) وإنما ذكر لفظ الجامع، وإن كان تكرارًا؛ لأنه يحتاج إلى التفسير كما ترى، فلا بد من ذكر لفظه؛ لئلا يثبت إلى ذكر اللفظين، ومعناهما واحد.

قوله: (**لأنهما**) أي: خيار الرؤية، وخيار الشرط، وذكر الإمام قاضي خان: خيار الرؤية يثبت في القسمة، إلا أن تكون التركة مكيلًا أو موزونًا فاقتسموها، فإنه لا يثبت خيار الرؤية في هذه القسمة؛ لأن القسمة لو ردت بخيار الرؤية فيحتاجون إلى القسمة ثانيًا، فيقع في نصيبه عَمَّا وقع في المرة الأولى أو مثله، فلا يفيد خيار الرؤية، أما لو كانت التركة عقارًا أو شيئًا من ذوات القيم، فيفيد الخيار؛ لأنه ربما يقع في المرة الثانية في نصيبه ما يوافقه فيفيد.

وفي الكافي: وصحح شمس الأئمة السرخسي الرواية بالنصب أيضًا، وقال: لا يثبت خيار الرؤية في القسمة سواء كانت بقضاء أو برضًا، وبه أخذ بعض المشايخ.

بَابُ مَا يَبْطُلُ بِهِ الشُّفْعَةُ

قَالَ: (وَإِذَا تَرَكَ الشَّفِيعُ الإِشْهَادَ حِينَ عَلِمَ بِالبَيْعِ، وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ، بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ) لِإِعْرَاضِهِ عَنْ الطَّلَبِ، وَهَذَا لِأَنَّ الإِعْرَاضَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ حَالَةَ الِاخْتِيَارِ وَهِيَ عِنْدَ القُدْرَةِ (وَكَذَلِكَ إِنْ أَشْهَدَ فِي المَجْلِسِ وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَى أَحَدِ المُتَبَايِعَيْنِ وَلَا عِنْدَ العَقَارِ) وَقَدْ أَوْضَحْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ. قَالَ: (وَإِنْ صَالَحَ مِن شُفْعَتِهِ عَلَى عِوَضٍ، بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وَرَدَّ العِوَضَ) لِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ لَيْسَ بِحَقٍّ مُتَقَرِّرٍ فِي المَحِلِّ، بَلْ هُوَ مُجَرَّدُ حَقِّ

بَابُ مَا تَبْطُلُ بِهِ الشُّفْعَةُ

أخَّر هذا الباب لأن الإبطال بعد الثبوت صورة أو حقيقة.

وفي الذخيرة: ثبوته بعد البيع، وبعد ذلك بالتأخر يسقطه، والإسقاط يعتمد الثبوت، ثم الشفعة بترك الطلبين، طلب المواثبة، وطلب التقرير، وقد بيَّـنَّا الخلاف فيه.

قوله: (إذا ترك الإشهاد) إلى آخره، فإن قيل: قد ذكر قبل هذا أن طلب الإشهاد ليس بلازم، وقد ذكر في الذخيرة: أن الإشهاد ليس بشرط، وإنما ذكر أصحابنا الإشهاد عند هذا الطلب في الكتب احتياطًا؛ لتمكن إثباته عند إنكار المشتري، فما وجه التفريق بينهما؟

قلنا: يحتمل أن يراد بالإشهاد نفس طلب المواثبة؛ لأن طلب المواثبة لا ينفك عن الإشهاد في حق علم القاضي.

سمى الطلب إشهادًا بدليل ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل هاهنا، كذا قيل.

وقوله: (فيما تقدم) إشارة إلى ما ذكره في باب طلب الشفعة.

قوله: (**وإن صالح على عوض بطلت شفعته**) ولا خلاف للأئمة الثلاثة.

قوله: (ورد العوض) وبه قال الشافعي، وأحمد، وقال مالك: لا يرد العوض؛ لأنه إزالة ملك؛ فجاز أخذ العوض له عنه، كتمليك امرأة أمرها، وكالصلح عن القصاص.

وقلنا: حق الشفعة ليس بحق متقرر ولا ملك، بل هو مجرد حق التملك في

التَّمَلُّكِ فَلَا يَصِحُّ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ، وَلَا يَتَعَلَّقُ إِسْقَاطُهُ بِالجَائِزِ مِن الشَّرْطِ، فَبِالفَاسِدِ

المحل؛ فلا يصح الاعتياض عنه بخيار الشرط، فيكون رشوة، ولأن حق الشفعة ثبت بخلاف القياس لدفع الضرر؛ فلا يظهر ثبوته في حق الاعتياض.

قوله: (ولا يتعلق إسقاطه) أي: إسقاطه حق الشفعة بالجائز من الشروط، فبالفاسد وهو شرط المال أولى.

بيانه: أنه لو قال الشفيع: أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفعتك فيما اشتريت [٢/ ٣٩٠/أ] تسقط شفعته، وإن لم يسقط المشتري شفعته، فيما اشترى الشفيع فعلم أن إسقاط الشفعة لا يتعلق بالشرط الجائز، إذ المعنيّ به أن يكون ملائمًا بالإسقاط، وإسقاط الشفعة بالعوض المالي شرط فاسد؛ لأنه غير ملائم؛ لأنه اعتياض عن مجرد الحق في المحل، وهو حرام ورشوة وإذا لم يتعلق بالشرط، ويصح الإسقاط.

وفي جامع قاضي خان: الشرط الملائم شرط ليس فيه ذكر المال، كما لو قال: سلمت شفعتك على أن بِعْتَنِيهَا، أو وَلَّيْتَنِيهَا، أو أَجَّرْتَنيها، أو دَفَعْتَنيهَا مزارعة، أو معاملة.

وكذا [لو][١] باع شفعته من البائع أو المشتري بمال تسقط الشفعة بالاتفاق، ولا يلزمه المال.

وقوله: (لما قلنا) إشارة إلى قوله: إن حق الشفعة مجرد حق التمليك؛ فلا يصح الاعتياض فيه.

وفي المبسوط: صلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة أوجه:

منها ما صالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن.

ومنها ما صالحه على أخذ بيت من الدار بعينه بحصته من الثمن.

وفي هذين الوجهين الصلح باطل، وله أن يأخذ جميع الدار بعد ذلك؛ لأن[٢] مجرد الحق، فلا يصح الاعتياض عنه؛ لأن حصته مجهول، ولم يوجد منه إعراض عن الأخذ بالشفعة، فلم يصح تسليمه أيضًا.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٢) كذا في النسخ الخطية.

أَوْلَى، فَيَبْطُلُ الشَّرْطُ، وَيَصِحُّ الإِسْقَاطُ، وَكَذَا لَوْ بَاعَ شُفْعَتَهُ بِمَالٍ لِمَا بَيَّنَّا، بِخِلَافِ القِصَاصِ لِأَنَّهُ حَقٌّ مُتَقَرِّرٌ، وَبِخِلَافِ الطَّلَاقِ وَالعِتَاقِ، ....

وفي الوجه الثالث، وهو ما إذا صالحه على مال فقد وجد الإعراض عن الشفعة، فيصح تسليمه، ولم يصح صلحه؛ لما ذكرنا: أنه مجرد حق التمليك، فيرد العوض، وهكذا ذكره في المغني.

وفي المحيط: لو طلب نصفها بالشفعة بطلت شفعته في الكل عند محمد، وبه قال أحمد، وبعض أصحاب الشافعي.

وقال أبو يوسف: فيها لا يكون تسليمًا في الكل، وبه قال بعض أصحاب الشافعي، وهو الأصح.

وفي المبسوط: لا يصح بيع حق الشفعة؛ لأن البيع تمليك مال بمال، وحق الشفعة لا يحتمل التمليك؛ فصار كلامه عبارة عن الإسقاط مجازًا كبيع الزوج زوجته من نفسها(١).

وفي الجامع الكبير لشمس الأئمة: ولا فرق في إسقاط الشفعة بين قوله: سلمت الشفعة وبين قوله للبائع: سلمت لك بيع هذه الدار.

وقوله للمشتري: سلمت لك شراء هذه الدار؛ لأن معنى هذا الكلام لا اعتراض لك على مقصودك في هذا العقد، وذلك لا يكون إلا بتسليم الشفعة، ودليل التسليم كصريحه، وأما لو قال لأجنبي: سلمت لك شراء هذه الدار، لم يكن تسلمًا للشفعة؛ لأن الأجنبي غير مشترٍ، ولا كان له مقصود في هذا العقد.

وقوله: سلمت لك شراءها تمليكًا منه، وحق الشفعة لا يحتمل التمليك.

قوله: (**بخلاف القصاص لأنه حق متقرر**) في المحل، فإن نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص، ولهذا يتمكن من استيفائه بلا قضاء ولا رضا، وبالصلح تحدث له العصمة في دمه، فيجوز العوض بمقابلته.

(**وبخلاف الطلاق**) لأن ملك النكاح متقرر في المحل، (**والعتاق**)(٢) لأن

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٤/ ١١٨).

(٢) بياض في الأصل مقدار كلمة، والمثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّهُ اعْتِيَاضٌ عَنْ مِلْكٍ فِي المَحِلِّ، وَنَظِيرُهُ إِذَا قَالَ لِلْمُخَيَّرَةِ: اخْتَارِينِي بِأَلْفٍ، أَوْ قَالَ العِنِّينُ لِامْرَأَتِهِ، اخْتَارِي تَرْكَ الفَسْخِ بِأَلْفٍ، فَاخْتَارَتْ، سَقَطَ الخِيَارُ وَلَا يَثْبُتُ العِوَضُ، وَالكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعَةِ فِي رِوَايَةٍ، وَفِي أُخْرَى: لَا تَبْطُلُ الكَفَالَةُ وَلَا يَجِبُ المَالُ، وَقِيلَ: هَذِهِ رِوَايَةٌ فِي الشُّفْعَةِ، وَقِيلَ: هِيَ فِي الكَفَالَةِ خَاصَّةً وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ الشَّفِيعُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُورَثُ عَنْهُ.

قَالَ رضي الله عنه: مَعْنَاهُ: إِذَا مَاتَ بَعْدَ البَيْعِ قَبْلَ القَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ، أَمَّا إِذَا مَاتَ بَعْدَ

ملك العبد متقرر في المحل، فيجوز الاعتياض عنه.

(والكفالة بالنفس في هذا) أي: في إسقاطها بعوض **(بمنزلة الشفعة في رواية الكفالة)** حتى يبرأ الكفيل، ولا يجب المال، ويرد إن أخذه وهو الأصح.

(وفي الأخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال)؛ لأن الكفالة بالنفس سبب لحصول المال، فشابه الحق في المال من هذا الوجه، فإذا لم يرض ببطلانه مجانًا لم تبطل، كذا في الإيضاح.

وقيل: هذه رواية في الشفعة حتى لا يصح الاعتياض، وتبطل الشفعة.

وقيل: في الكفالة خاصة، والفرق أن الشفعة تبطل بالإعراض بخلاف الكفالة.

قوله: (إذا مات بعد البيع) وبعد الطلبين قبل الأخذ بالقضاء أو تسليم المشتري، هكذا ذكره في شرح الطحاوي.

وقال الشافعي: يورث، وبه قال مالك، وأحمد، إلا أن أحمد يقول: إذا مات قبل الطلبين لا يورث، وبقولنا قال الحسن، والشعبي، والنخعي، والثوري، وابن سيرين.

للشافعي أن هذا حق معتبر في الشرع؛ فيورث عنه كالقصاص، وحق الرد بالعيب.

ولنا أن مجرد حق التمليك، وهو ولاية التملك، وذا لا يبقى بعد موت صاحب الولاية، فكيف يورث عنه بخلاف القصاص؛ لأن من عليه القصاص

قَضَاءِ القَاضِي قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ وَقَبْضَهُ: فَالبَيْع لَازِمٌ لِوَرَثَتِهِ، وَهَذَا نَظِيرُ الِاخْتِلَافِ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ وَقَدْ مَرَّ فِي البُيُوعِ، وَلِأَنَّهُ بِالمَوْتِ يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْ دَارِهِ، وَيَثْبُتُ المِلْكُ لِلْوَارِثِ بَعْدَ البَيْعِ، وَقِيَامُهُ وَقْتَ البَيْعِ وَبَقَاؤُهُ لِلشَّفِيعِ إِلَى وَقْتِ القَضَاءِ شَرْطًا، فَلَا يَسْتَوْجِبُ الشُّفْعَةَ بِدُونِهِ (وَإِنْ مَاتَ المُشْتَرِي لَمْ تَبْطُلْ) لِأَنَّ المُسْتَحِقَّ بَاقٍ وَلَمْ يَتَغَيَّرْ سَبَبُ حَقِّهِ، وَلَا يُبَاعُ فِي دَيْنِ المُشْتَرِي وَوَصِيَّتِهِ، وَلَوْ بَاعَهُ القَاضِي أَوْ الوَصِيُّ أَوْ

صار كالمملوك لمن له القصاص، حتى صح الاعتياض عنه، فيبقى بعد الموت كالعين المملوك.

أما الدار فلم تصر ملكًا للشفيع، ولهذا لا يصح الاعتياض عنه، ولا يملكها إلا بتمليك القاضي، وأحد العاقدين، وكذا [٢/ ٣٩٠/ ب] حق الرد بالعيب؛ لأنه بطلب جزء فائت من المبيع، وقد مر في البيوع، وبموت المشتري لا تبطل بلا خلاف.

قوله: (ولم يتغير سبب حقه) أي: حق المستحق، وهو الشركة أو الجوار.

قوله: (ولا يباع في دين المشتري أو وصيته) أي: حق مقدم عليهما؛ لأن حق الشفيع مقدم على حق المشتري، فكان مقدمًا على حق من ثبت حقه من جهته أيضًا وهو الغريم، أو الموصى له، حتى لو باعها القاضي أو وصي المشتري في دين أو وصية، للشفيع أن يبطل البيع ويأخذها بالشفعة، كما لو باعها المشتري في حياته، ولا يقال بيع القاضي حكم منه، فكيف ينقضه الشفيع؟ لأن بيع القاضي إما لجهله بحق الشفيع، أو بناء على أنه لا يطلبه، فإذا طلبه نقض بيعه؛ لأن هذا قضاء بخلاف الإجماع، فإنهم أجمعوا أن للشفيع حق نقض تصرف المشتري، فلا ينفذ قضاؤه.

ولهذا لو جعل المشتري الدار مسجدًا أو مقبرة ينقض الشفيع ما صنع؛ لتقدم حقه، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وعن الحسن، وأحمد في رواية: فيما وقفه المشتري أو جعله مسجدًا تبطل شفعة الشفيع؛ لأن الشفعة إنما تكون في المملوك، وقد خرج هذا عن كونه مملوكًا، ولأن الوقف لا يقبل الفسخ كالعتق.

أَوْصَى الْمُشْتَرِي فِيهَا بِوَصِيَّةٍ: فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يُبْطِلَهُ وَيَأْخُذَ الدَّارَ لِتَقَدُّمِ حَقِّهِ، وَلِهَذَا يُنْقَضُ تَصَرُّفُهُ فِي حَيَاتِهِ. قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ الشَّفِيعُ مَا يَشْفَعُ بِهِ قَبْلَ أَنْ يُقْضَى لَهُ بِالشُّفْعَةِ: بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ) لِزَوَالِ سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ قَبْلَ التَّمَلُّكِ، وَهُوَ الِاتِّصَالُ بِمِلْكِهِ، وَلِهَذَا يَزُولُ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِشِرَاءِ الْمَشْفُوعَةِ كَمَا إِذَا سَلَّمَ صَرِيحًا ....

وقلنا: حق الغير يمنع صيرورته مسجدًا أو وقفًا؛ لأن المسجد ما أُخلِص لله تعالى، ومع تعلق حق الغير لا يتخلص، كذا في الإيضاح.

قوله: (ولهذا يزول به) أي: بالبيع، وإن لم يعلم المشتري بشراء المشفوعة، وبه قال الشافعي في وجه، ومالك، وأحمد في رواية، وقالوا في رواية: لا يسقط؛ لأنه ثبت حقه بالبيع، وما وجد منه رضى بتركها لا صريحًا ولا دلالة، إذ البيع بعد العلم يدل على الرضى لا قبله، وكذا لهم رواية فيما إذا باعها بعد العلم بالبيع؛ لثبوت حقه بالبيع، والبيع لا يدل على إسقاط حقه؛ لأن بقاء السبب بعد ثبوت الحق لا يشترط.

وقلنا: الاستحقاق بالشركة أو بالجوار، وقد زال قبل التملك، فلا يتملك به سواء علم بالبيع أو لم يعلم.

وفي المبسوط: علمه بحقه ليس بشرط في صحة الإسقاط باللفظ الموضوع له، فكذا في الدلالة عليه[(١)].

فإن قيل: يشكل كما إذا ساوم الشفيع المشتري أو سأله أن يوليه إياه أو يستأجرها منه فإن ذلك تسليم الشفعة دلالة والعلم بالشفعة شرط فيها فينبغي أن لا يشترط كما في البيع.

قلنا: قال في المبسوط: إنما اشترط العلم في المساومة؛ لأن المساومة غير موضوعة لإبطال الشفعة، وتسقط الشفعة بها؛ لما فيها من دليل الرضى من الشفيع، ولا يتحقق الرضى إلا بالعلم بخلاف التسليم صريحًا أو دلالة؛ لأنه إسقاط، وفي الإسقاط لا يشترط العلم كما في الطلاق، وفي بيع الشفيع ما يشفع به إسقاط؛ لما أن بقاء ما يشفع به شرط إلى وقت القضاء بالشفعة له[(٢)].

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٤/ ١١٣).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٤/ ١١٣).

أَوْ إِبْرَاءً عَنْ الدَّيْنِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الشَّفِيعُ دَارَهُ بِشَرْطِ الخِيَارِ لَهُ، لِأَنَّهُ يَمْنَعُ الزَّوَالَ فَبَقِيَ الِاتِّصَالُ. قَالَ: (وَوَكِيلُ البَائِعِ إِذَا بَاعَ وَهُوَ الشَّفِيعُ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، وَوَكِيلُ المُشْتَرِي إِذَا ابْتَاعَ فَلَهُ الشُّفْعَةُ) وَالأَصْلُ: أَنَّ مَنْ بَاعَ أَوْ بِيعَ لَا شُفْعَةَ لَهُ، وَمَنْ اشْتَرَى أَوْ ابْتِيعَ لَهُ فَلَهُ الشُّفْعَةُ، لِأَنَّ الأَوَّلَ: بِأَخْذِ المَشْفُوعَةِ

قوله: (أو أبرأ) أي: رب الدين المديون، والمديون لا يعلم بدينه يصح الإبراء؛ لأنه إسقاط كما لو سلم الشفعة صريحًا وهو لا يعلم بشراء المشفوعة، وبوجوب الشفعة، أما لو باع بعض داره شائعًا فله الشفعة بما بقي، وبه قال الشافعي في وجه، وأحمد في رواية؛ لأنه يجوز أن يستحق ابتداء بهذا القدر، فأولى أن يبقى، وكذا لو باع بعضه مقسومًا، وذلك لا يلي المبيعة؛ لأن الجوار قائم، وإن كان مما يلي المبيعة بطلت شفعته؛ لزوال الجوار.

قوله: (**والأصل أن من باع**) وهو وكيل البائع أو (**بيع له**) وهو الموكل (**فلا شفعة له**).

وقال الشافعي، وأحمد: له الشفعة سواء كان وكيل البائع أو وكيل المشتري؛ لما أن حقوق العقد ترجع إلى الموكل، فبالعمل لغيره لا يسقط إقراره الثابت شرعًا.

وقال بعض الشافعية، والقاضي الحنبلي كمذهبنا، وقال بعض الشافعية: إن كان وكيل المشتري سقطت شفعته دون وكيل البائع؛ لأن الملك عندهم ينتقل إلى الوكيل في الشراء، وكذا لو ضمن الشفيع الدرك من البائع تسقط شفعته عندنا، وقال الشافعي: لا تسقط.

وكذا لو باع وشرط لغير المشتري، وهو الشفيع فأجاز الشفيع بطلت شفعته عندنا، خلافا للشافعي، وأحمد، ولو اشترى الشفيع، وهو وكيل المشتري.

(**إذا ابتيع له**) أي: هو الموكل في الشراء أو شرط المشتري الخيار لغيره، وهو الشفيع فأجاز الشفيع (**فله الشفعة**) بلا خلاف.

قوله: (**ابتيع له**) صورته اشترى المضارب بمال المضاربة، ورب المال شفيعها يأخذها بالشفعة؛ لأنه اشترى له، ذكره في شرح [٢/ ٣٩١/أ] الطحاوي.

يَسْعَى فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِن جِهَتِهِ وَهُوَ البَيْعُ، وَالمُشْتَرِي لَا يُنْقَضُ شِرَاؤُهُ بِالأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ، لِأَنَّهُ مِثْلُ الشِّرَاءِ (وَكَذَلِكَ لَوْ ضَمِنَ الدَّرْكَ عَنْ البَائِعِ ـ وَهُوَ الشَّفِيعُ ـ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ) وَكَذَلِكَ إِذَا بَاعَ وَشَرَطَ الخِيَارَ لِغَيْرِهِ، فَأَمْضَى المَشْرُوطُ لَهُ الخِيَارُ البَيْعَ وَهُوَ الشَّفِيعُ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، لِأَنَّ البَيْعَ تَمَّ بِإِمْضَائِهِ، بِخِلَافِ جَانِبِ المَشْرُوطِ لَهُ الخِيَارُ مِن جَانِبِ المُشْتَرِي. قَالَ: (وَإِذَا بَلَغَ الشَّفِيعُ أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَسَلَّمَ، ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَقَلَّ، أَوْ بِحِنْطَةٍ، أَوْ شَعِيرٍ قِيمَتُهَا أَلْفٌ، أَوْ أَكْثَرُ، فَتَسْلِيمُهُ بَاطِلٌ، وَلَهُ الشُّفْعَةُ) لِأَنَّهُ إِنَّمَا سَلَّمَ لِاسْتِكْثَارِ الثَّمَنِ فِي الأَوَّلِ، وَلِتَعَذُّرِ الجِنْسِ الَّذِي بَلَغَهُ وَتَيَسُّرِ مَا بِيعَ بِهِ فِي الثَّانِي إِذْ الجِنْسُ مُخْتَلِفٌ، وَكَذَا كُلُّ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ أَوْ عَدَدِيٍّ

للشافعي أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة، فلم يسقط الشفعة كالإذن في البيع، والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع، وكوكيل المشتري، والبيع لا يتوقف على الضمان.

وقلنا: تمام البيع بإجازته، وكان كالبائع، وفي ضمان الدرك تقرير للبيع، فكان كالبائع، ففي الأخذ بالشفعة نقض ما تم من جهته، كما في وكيل البائع، بخلاف وكيل المشتري، ومن شرطه له الخيار من جانب المشتري، وهو شفيع؛ لأن الشفعة تبطل بإظهار الشفيع الرغبة عن الدار؛ فيكون إبطالًا للشفعة، ولأنه لو أخذ بالشفعة يصير الواحد مملكًا ومتملكًا لغير واحد في حالة واحدة، وذا لا يجوز للتنافي، كذا قيل وفيه نوع تأمل.

قوله: **(وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف)** إلى آخره قيد بأقل؛ لأنه لو علم أنها بيعت بأكثر سقطت شفعته كما لو علم كما أخبر؛ لأن الرضى بالتسليم بألف رضى بالتسليم بأكثر منه، ذكره في المبسوط، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة في الوجهين؛ لأنه أسقط حقه بعدما وجب، ورضي بمجاورة المشتري؛ فلا يكون له أن يأبى ذلك بعد الرضى بسقوطه.

وقلنا: إنما أسقطه بشرط أن يكون الثمن ألفا؛ لأنه بنى تسليمه على ما أخبر به، والخطاب السابق كالمعاد في الجواب، فكأنه قال: سلمت إن كان الثمن ألفًا، وإنما أقدم على هذا التسليم لغلاء الثمن، ولم يتمكن من تحصيل

مُتَقَارِبٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِعَرَضٍ، قِيمَتُهُ أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ، لِأَنَّ الوَاجِبَ

الألف، ولا يزول هذا المعنى في الأكثر بل يزداد.

أما إذا كان الثمن أقل فقد انعدم المعنى الذي لأجله كان رضى بالتسليم؛ فيكون على حقه، ولو أخبر أن الثمن مما يكال أو يوزن فسلمها ثم ظهر صنف آخر أقل مما سمى له أو أكثر فهو على شفعته؛ لأنه قد تيسر عليه تحصيل جنس دون جنس، فكان هذا التقييد مفيدًا.

قوله: (بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر) أي: تسليمه ليس بباطل يعني إذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم، فسلم الشفعة ثم علم أنها بيعت بعبد قيمته ألف درهم أو أكثر كان تسليمه صحيحًا على ما ذكر في الكتاب، هذا الذي ذكره اختيار شيخ الإسلام.

وفي الذخيرة: لو أخبر أن الثمن شيء من ذوات القيم فسلم، ثم ظهر أنه شيء آخر من ذوات القيم، بأن أخبر أن الثمنَ دارٌ فظهر أنه عبدٌ، فجواب محمد: أنه على شفعته من غير فصل.

قال شيخ الإسلام: هذا الجواب صحيح فيما إذا كان قيمة ما ظهر أقل من قيمة ما أخبر، وغير صحيح فيما إذا كان قيمته مثل قيمة ما أخبر؛ لأن الثمن إذا كان من ذوات القيم فالشفيع يأخذ بقيمة الثمن دراهم أو دنانير، وكأنه أخبر أنه ألف درهم، أو مائة دينار فسلم، ثم ظهر مثل ما أخبر أو أكثر، وهناك كان التسليم صحيحًا، ولو ظهر أقل كان على شفعته، كذا هاهنا.

ولو كان على العكس بأن أخبر أن الثمن عبد قيمته ألف أو ما أشبه ذلك من الأشياء التي هي من ذوات القيم، ثم ظهر أنه دراهم أو دنانير، فجواب محمد: أنه على شفعته من غير فصل.

قال بعض المشايخ: هذا الجواب محمول على ما إذا كان قيمة ما ظهر أقل، أما لو كان مثله أو أكثر فلا شفعة له.

وبعضهم قال: هذا الجواب صحيح على الإطلاق، بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنه وإن كان بالقيمة قد يصير مغبونًا في ذلك؛ لأن التقوم بالظن

فِيهِ القِيمَةُ وَهِيَ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ، وَإِنْ بَانَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِدَنَانِيرَ قِيمَتُهَا أَلْفٌ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ أَكْثَرَ.

وَقَالَ زُفَرُ: لَهُ الشُّفْعَةُ لِاخْتِلَافِ الجِنْسِ، وَلَنَا: أَنَّ الجِنْسَ مُتَّحِدٌ فِي حَقِّ

يكون، وإنما سلم حتى لا يصير مغبونًا، وهذا المعنى ينعدم فيما إذا كان الثمن دراهم.

قوله: (وقال زفر: له الشفعة) وبه قالت الأئمة الثلاثة **(لاختلاف الجنس)** ولهذا حل التفاضل بينهما.

وقلنا: الجنس واحد في الثمنية، وهي المعنى المقصود في المالية، ولهذا يضم في الزكاة، والمكره على البيع بالدراهم مكره على البيع بالدنانير، ورب الدين إذا ظفر بدنانير المديون وحقه الدراهم، له أن يأخذ. ومال المضاربة إذا صار دنانير عمل بهن رب المال، كما لو صار دراهم، ومبادلة أحد النقدين بالآخر يتيسر في العادة، ولا يتقيد رضاه بالصورة بل يتقيد بالمعنى، وهو مقدار المالية فيكون تسليمه صحيحًا كذا في المبسوط، والإيضاح.

وذكر في الأسرار خلاف أبي يوسف فقال: تبطل شفعته عند أبي يوسف استحسانًا خلافا لهما.

وجه القياس: أنه قد يتيسر عليه الأخذ بأحدهما دون الآخر، فالرضى بأحدهما لا يدل على الرضى بالآخر.

وجه الاستحسان: أنهما جنس واحد في حق التجارات وضمانها.

وفي الذخيرة: جعل قول أبي حنيفة مثل قول [٢/ ٣٩١/ب] زفر، وقول أبي يوسف كما ذكر في الكتاب، وذكر قول أبي يوسف كما ذكرنا ثم قال: وأبو حنيفة رحمه الله يقول: هما جنسين مختلفين[(١)] في الإخبار، حتى إن الإكراه على الإقرار بأحدهما لا يكون إكراهًا بالإقرار بالآخر[(٢)].

وفي بعض الإيجابات اعتبرا جنسًا واحدًا، وفي مسألتنا إخبار وإيجاب؛

---

(١) كذا بالأصول الخطية، وفي المحيط البرهاني -وهو صاحب الذخيرة-: (وأبو حنيفة يقول: الدراهم والدنانير اعتُبرا جنسين).

(٢) انظر: المحيط البرهاني (٧/ ٢٩٠).

الثَّمَنِيَّةِ. قَالَ: (وَإِذَا قِيلَ لَهُ: إِنَّ الْمُشْتَرِيَ فُلَانٌ، فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ، ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ غَيْرُهُ: فَلَهُ الشُّفْعَةُ) لِتَفَاوُتِ الجِوَارِ (وَلَوْ عَلِمَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ هُوَ مَعَ غَيْرِهِ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ غَيْرِهِ) لِأَنَّ التَّسْلِيمَ لَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّهِ (وَلَوْ بَلَغَهُ شِرَاءُ النِّصْفِ فَسَلَّمَ، ثُمَّ ظَهَرَ شِرَاءُ الجَمِيعِ فَلَهُ الشُّفْعَةُ) لِأَنَّ التَّسْلِيمَ لِضَرَرِ الشَّرِكَةِ وَلَا شَرِكَةَ، وَفِي عَكْسِهِ لَا شُفْعَةَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، لِأَنَّ التَّسْلِيمَ فِي الكُلِّ تَسْلِيمٌ فِي أَبْعَاضِهِ.

لأن تسليم الشفعة، وإن كان إيجابًا إلا أن التسليم بناء على الإخبار؛ لأنه أخبر أن الثمن كذا في إحدى النوعين وهو الإخبار اعتبرا جنسين مختلفين في بعض الأحكام، فترجح ما يوجب اختلاف الجنسين، فصار كالحنطة والشعير.

قوله: (**فله الشفعة لتفاوت الجوار**) وبه قال الشافعي في وجه، وأحمد، وقال الشافعي في وجه: لا شفعة له، واختار الأول.

في شرح الوجيز: لجواز أن يرضى بشركة زيد أو جواره دون عمرو.

قوله: (**فله أن يأخذ نصيب غيره**) وعند الشافعي وأحمد: لا يبطل شفعته أصلًا لا في نصيبه ولا في نصيب غيره.

قوله: (**وفي عكسه**) وهو أن يخبر بشراء الكل فظهر شراء النصف (**لا شفعة له في ظاهر الرواية**) لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه، واحترز به عن رواية النمر [بن][1] حداد عن أبي يوسف أنه قال: وله الشفعة في هذه الصورة كما في الصورة المذكورة، وبه قال الشافعي، وأحمد؛ لجواز أن يكون تسليم الكل؛ لعدم قدرته على الثمن، وقد يتمكن على البعض بخلاف ما إذا سلم في البعض؛ لأن العجز عن أداء البعض عجز عن أداء الكل بالطريق الأولى، ولأنه قد تكون حاجته إلى النصف ليتم به مرافق ملكه، ولا يحتاج إلى الجميع، كذا في المبسوط[2].

وفي الذخيرة: فلو ظهر أنه اشترى النصف لا شفعة له.

قال شيخ الإسلام: هذا الجواب محمول على ما إذا كان ثمن النصف مثل

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، ولم نهتد لضبط الاسم.
(٢) المبسوط للسرخسي (١٤/ ١١١).

فَصْلٌ: [في بَيَانِ الحِيَلِ التي تَبْطُلُ بها الشُّفْعَةُ]

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ دَارًا إِلَّا مِقْدَارَ ذِرَاعٍ مِنهَا فِي طُولِ الحَدِّ الَّذِي يَلِي الشَّفِيعَ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ) لِانْقِطَاعِ الجِوَارِ، وَهَذِهِ حِيلَةٌ، وَكَذَا إِذَا وَهَبَ مِنهُ هَذَا المِقْدَارَ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ لِمَا بَيَّنَّا، قَالَ: (وَإِذَا ابْتَاعَ مِنهَا سَهْمًا بِثَمَنٍ، ثُمَّ ابْتَاعَ بَقِيَّتَهَا: فَالشُّفْعَةُ لِلْجَارِ فِي السَّهْمِ الأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي) لِأَنَّ الشَّفِيعَ جَارٌ فِيهِمَا، إِلَّا أَنَّ المُشْتَرِيَ فِي الثَّانِي شَرِيكٌ فَيَتَقَدَّمُ عَلَيْهِ، فَإِنْ أَرَادَ الحِيلَةَ ابْتَاعَ السَّهْمَ بِالثَّمَنِ إِلَّا دِرْهَمًا مَثَلًا، وَالبَاقِي بِالبَاقِي، وَإِنْ ابْتَاعَهَا بِثَمَنٍ، ثُمَّ دَفَعَ إِلَيْهِ ثَوْبًا عِوَضًا عَنْهُ، فَالشُّفْعَةُ بِالثَّمَنِ دُونَ الثَّوْبِ، لِأَنَّهُ عَقْدٌ آخَرُ، وَالثَّمَنُ هُوَ العِوَضُ عَنْ الدَّارِ، قَالَ ﷺ: وَهَذِهِ حِيلَةٌ أُخْرَى تَعُمُّ الجِوَارَ وَالشَّرِكَةَ فَيُبَاعَ بِأَضْعَافِ قِيمَتِهِ وَيُعْطَى بِهَا ثَوْبٌ بِقَدْرِ قِيمَتِهِ، ....

ثمن الكل بأن أخبر أنه اشترى الكل بألف، ثم ظهر أنه اشترى النصف بألف، أما لو ظهر أنه اشترى النصف بخمسمائة يكون على شفعته.

فَصْلٌ

لما كانت الشفعة تسقط في بعض الأحوال شرع في بيان تلك الأحوال؛ لأنه يحتمل أن يكون الجار أو الشريك فاسقًا يتأذى به، وفي استعمال الحيلة تحصيل الخلاص من مثله.

قوله: (بالثمن إلا درهما والباقي بالباقي)، وفي الإيضاح: لو خاف المشتري أن لا يبيع الباقي بالباقي فالحيلة أن يشتري العشر بتسعة الأعشار من الثمن بالخيار إلى ثلاثة أيام، حتى لو لم يبع الباقي بالباقي ينقض البيع، ولو أن البائع خاف أن لو باع الباقي بالباقي لما أخذ العشر بتسعة الأعشار، ويفسخ البيع الأول، فالحيلة أن يبيع الباقي بالخيار لنفسه إلى ثلاثة أيام، ثم يخبر أن البيع معًا، ولو خاف كل واحد أن لو أجاز لم يُجِزْ صاحبُهُ، فالحيلة في ذلك أن يوكل به واحد منهما وكيلًا بإجازة البيع، ويشترط على الوكيل أن يخبر، إن أجاز صاحبه، ولا يخبر إن لم يجز صاحبه.

قوله: (وهذه) أي: هذه المسألة وهي إن ابتاعها بثمن، ثم دفع إليه ثوبًا عن الثمن (حيلة أخرى تعم الجوار والشركة)، يعني تصلح لهما، أما المسألة الأولى

إِلَّا أَنَّهُ لَوْ اسْتَحَقَّتْ المَشْفُوعَةُ يَبْقَى كُلُّ الثَّمَنِ عَلَى مُشْتَرِي الثَّوْبِ لِقِيَامِ البَيْعِ الثَّانِي فَيَتَضَرَّرَ بِهِ، وَالأَوْجَهُ أَنْ يُبَاعَ بِالدَّرَاهِمِ الثَّمَنُ دِينَارٌ حَتَّى إِذَا اسْتَحَقَّ المَشْفُوعُ يَبْطُلُ الصَّرْفُ فَيَجِبَ رَدُّ الدِّينَارُ لَا غَيْرُ. قَالَ: (وَلَا تُكْرَهُ الحِيلَةُ فِي إِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَتُكْرَهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ)(*) لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ لِدَفْعِ الضَّرَرِ، وَلَوْ أَبَحْنَا

لدفع الجوار لا للشريك.

وقوله: (إلا أنه إذا استحقه) إلى آخره استثناء عن قوله: (يعم الجوار والشركة) لكن فيه ضرر على البائع على تقدير ظهور الاستحقاق يبقى كل الثمن على البائع؛ لأنه اشترى الثوب، والمشتري يرجع بكل الثمن بالثوب المشترى.

قوله: (والأوجه أن يباع) إلى آخره، حتى لا يتضرر بائع الدار.

وفي فتاوى قاضي خان: بيان ذلك أن يبيع الدار بعشرين ألفًا إذا أراد أن يبيع بعشرة آلاف درهم، ثم يقبض تسعة آلاف درهم وخمسمائة، ويقبض بالباقي عشرة دنانير أو أقل أو أكثر، فلو أراد الشفيع أن يأخذها بعشرين ألفًا ولو استحقت لا يرجع المشتري بعشرين ألفًا، بل يرجع بما أعطاه؛ لأنه إذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف، كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري على البائع، ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين، فإنه يبطل الصرف.

ومن الحيلة أن يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة قراضة، أو جوهرة معينة، أو سلعة معينة غير موصوفة، أو بمائة درهم وكَفٍّ من الفلوس لا يعرف قدره.

قوله: (وتكره[1] الحيلة) إلى آخره، اعلم أن الحيلة بعد ثبوت الشفعة في إسقاطها مكروه بالإجماع، وذلك أن يقول المشتري: أنا أبيعها منك بما

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) كذا في الأصول الخطية، وتقدم في المتن: (ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف، وتكره عند محمد).

الحِيلَةَ مَا دَفَعْنَاهُ. وَلِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ مَنَعَ عَنْ إِثْبَاتِ الحَقِّ فَلَا يُعَدُّ ضَرَرًا، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الحِيلَةُ فِي إِسْقَاطِ الزَّكَاةِ.

أخذت، فيقول الشفيع: نعم، أو يقول: اشتريت، [٢/ ٣٩٢/أ] أو يصالحه بمال، ثم يرد المال بعد الصلح.

وفي الحيلة في منع ثبوتها اختلف المشايخ، فقال بعضهم على قول أبي يوسف: لا تكره، وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة.

وبقول محمد قال الشافعي، وعند أحمد بالحيلة لا تسقط شفعته، وفي صورة الموهوب أو بجهالة الثمن يأخذ بثمن المثل؛ لقوله ﷺ: «**لَا تَحِلُّ الخَدِيعَةُ**»[١] ولأن الشفعة شرعت لدفع الضرر، وسقوطها بالحيلة يوجب الضرر، فلا تسقط.

وقلنا: في الحيلة دفع الضرر عن نفسه مشروع بالآية والحديث، وإن كان الغير يتضرر به في ضمنه، فكيف إذا لم يتضرر؟ وبعض مشايخنا قالوا: لا تكره الحيلة في منع وجوبها، لهما: الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في الزكاة، وذلك بأن يستبدل نصاب السائمة بغيرها في آخر الحول، فرارًا من الزكاة.

وفي مبسوط شمس الأئمة: الاشتغال بالحيلة قبل وجوب الشفعة لا بأس به، وكذا بعد وجوب الشفعة إذا لم يكن [قصد][٢] المشتري الإضرار بالشفيع، وإنما قصده الدوم على ملك نفسه، ثم قال: وقيل: هذا على قول أبي يوسف، أما عند محمد يكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لإسقاط الاستبراء ولمنع وجوب الزكاة.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٥٣ رقم ٢٢٤١)، وأحمد (١/ ٤٣٣ رقم ٤١٢٥) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: أشهد على الصادق المصدوق أبي القاسم ﷺ أنه حدثنا قال: «بيعُ المُحَفّلاتِ خِلابةٌ، ولا تَحِلُّ الخِلابةُ لِمُسلم».
قال ابن حجر: في إسناده ضعف. فتح الباري (٤/ ٣٦٧)، وقال البوصيري: هذا إسناد فيه جابر الجعفي وقد اتهموه. مصباح الزجاجة (٣/ ٢٨).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَى خَمْسَةُ نَفَرٍ دَارًا مِن رَجُلٍ، فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ أَحَدِهِمْ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا رَجُلٌ، مِن خَمْسَةٍ، أَخَذَهَا كُلَّهَا أَوْ تَرَكَهَا) وَالفَرْقُ، أَنَّ فِي الوَجْهِ الثَّانِي بِأَخْذِ البَعْضِ تَتَفَرَّقُ الصَّفْقَةُ عَلَى المُشْتَرِي، فَيَتَضَرَّرُ بِهِ زِيَادَةَ الضَّرَرِ، وَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ، يَقُومُ الشَّفِيعُ مَقَامَ أَحَدِهِمْ فَلَا تَتَفَرَّقُ الصَّفْقَةُ، وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا

مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ

أخر المسائل المتفرقة كما هو دأب المصنفين.

قوله: (إذا اشترى خمسة نفر) إلى آخره لم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسائل الشفعة إلا هذه.

قوله: (أخذها كلها أو تركها) وبه قال مالك، والقاضي الحنبلي، والشافعي في وجه.

وقال الشافعي في الأصح: له أن يأخذ حصة أحدهم، وبه قال أحمد كما في الفصل الأول، ولا خلاف في الفصل الأول.

للشافعي: أن تعدد البائع يوجب تعدد العقد كتعدد المشتري، ولنا أن المشتري ملك الكل بصفقة واحدة، ففي التفريق إضرار به زيادة الضرر، وهو ضرر الشركة، والشركة عيب؛ فيتضرر به زيادة ضرر غير الآخذ بالشفعة بخلاف الأولى؛ لأن الصفقة متفرقة، وضرر الشركة حصل بذلك.

قوله: (ولا فرق في هذا) أي: في أخذ الشفيع نصيب أحد المشتَرِيَيْنِ، وبين ما إذا كان قبل قبض المشتري الدار وبعده، وهو الصحيح، وهذا احتراز عما روى القدوري عن أصحابنا، والحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أن المشتري إذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض؛ لأن التملك وقع على البائع فتفرق عليه الصفقة فيتضرر البائع.

أما بعد القبض التملك يقع على المشتري، وقد أخذ منه جميع الدار، ولكنا نقول: قبل القبض أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته؛ كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المُشتَرِيَيْنِ، يعني إذا نقد أحدُهما الثمنَ لا يقدر على قبض نصيبه حتى يؤدي المشترون كلُّهم جميع ما

بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ قَبْلَ القَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ، هُوَ الصَّحِيحُ، إِلَّا أَنَّ قَبْلَ القَبْضِ لَا يُمْكِنُهُ أَخْذُ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِذَا نَقَدَ مَا عَلَيْهِ مَا لَمْ يَنْقُدْ الآخَرُ حِصَّتَهُ، كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى تَفْرِيقِ اليَدِ عَلَى البَائِعِ بِمَنْزِلَةِ أَحَدِ المُشْتَرِيَيْنِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ القَبْضِ، لِأَنَّهُ سَقَطَتْ يَدُ البَائِعِ، وَسَوَاءٌ سَمَّى لِكُلِّ بَعْضٍ ثَمَنًا أَوْ كَانَ الثَّمَنُ جُمْلَةً، لِأَنَّ العِبْرَةَ فِي هَذَا لِتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ لَا لِلثَّمَنِ،

عليهم من الثمن، وكذا الشفيع إذا أخذ نصيب أحد المُشتَرِيَيْنِ فليس له أن يأخذ نصيبه إذا نقد ما عليه حتى يؤدي الباقون كلهم ما عليهم من الثمن؛ لئلا يلزم تفريق اليد على البائع.

قوله: (لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة **لا** للثمن) بأن كان المشتري واحدًا، أو البائع اثنين فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائِعَين.

وفي الكافي: ومسألة الكتاب فيما إذا كان الثمن منقودًا أو معنى قوله: (يأخذ نصيب أحدهم) بتملكه بالشفعة، وما لم يكن الثمن منقودًا لا يكون له ولاية الأخذ.

وذكر في الذخيرة: ولو كان البائع اثنين، واشترى نصيب كل واحد منهما نصفه على حدة، للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما، وإن كان يلحق المشتري ضرر الشركة؛ لأنه رضي بهذا العيب، حيث اشترى نصيب كل واحد بصفقة على حدة.

ثم ذكر التمرتاشي محالًا إلى الجامع: في اتحاد الصفقة أن يتحد العاقد، والعقد والثمن متَّحدان، بأن قال البائع للمشتريين: بعتُ مِنكُما، أو قال البائعان: بِعتُ منكما، تتحد الصفقة؛ لأن ما يوجب الاتحاد راجح، وهو العقد والثمن، وكذا لو تعدد الثمن والعقد والعاقد واحد، بأن قال: بعت هذا بكذا، وهذا بكذا، أو قال المشتري ذلك.

أما لو تفرق الثلاثة تفرق الصفقة، وكذا لو تفرق العقد واتحد العاقد، أما لو اتحد العقد، وتفرق العاقد والثمن.

قيل: في موضع تتفرق الصفقة؛ لرجحان جنبة التفرق، وفي موضع [٢/ ٣٩٢/ب] لا تتفرق، قيل الأول قياس وهو قولهما، والثاني استحسان وهو قول أبي حنيفة.

وَهَاهُنَا تَفْرِيعَاتٌ ذَكَرْنَاهَا فِي «كِفَايَةِ المُنتهي». قَالَ: (وَمَنْ اشْتَرَى نِصْفَ دَارٍ غَيْرَ مَقْسُومٍ، فَقَاسَمَهُ البَائِعُ، أَخَذَ الشَّفِيعُ النِّصْفَ الَّذِي صَارَ لِلْمُشْتَرِي أَوْ يَدَعُ) لِأَنَّ القِسْمَةَ مِن تَمَامِ القَبْضِ لِمَا فِيهِ مِن تَكْمِيلِ الِانْتِفَاعِ، وَلِهَذَا يَتِمُّ القَبْضُ بِالقِسْمَةِ فِي الهِبَةِ، وَالشَّفِيعُ لَا يَنْقُضُ القَبْضَ وَإِنْ كَانَ لَهُ نَفْعٌ فِيهِ بِعَوْدِ العُهْدَةِ عَلَى البَائِعِ، فَكَذَا لَا يُنْقَضُ مَا هُوَ مِن تَمَامِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ مِن الدَّارِ المُشْتَرَكَةِ، وَقَاسَمَ المُشْتَرِيَ الَّذِي لَمْ يَبِعْ حَيْثُ يَكُونُ لِلشَّفِيعِ نَقْضُهُ، لِأَنَّ العَقْدَ مَا

[قوله][1] **(وهاهنا تفريعات)** إلى آخره، ومن التفريعات ما ذكره في الذخيرة في هذه المسألة: يجب أن يعلم أن الروايات اتفقت عن أصحابنا أن المشتري إذا كان [واحدًا][2] والبائع واحدًا، واشترى بصفقة واحدة ليس للشفيع أن يأخذ البعض دفعًا للضرر عن المشتري، يعني ضرر عيب الشركة.

ثم ذكر مسألة الجامع الصغير التي ذكرناها أن المشترين إذا كانوا جماعة له أن يأخذ نصيب أحدهم، بخلاف ما إذا كان البائع جماعة، حيث لا يكون له أن يأخذ نصيب أحدهم.

ثم ذكر رواية القدوري كما ذكرنا، وكذا لو كان الشراء بوكالة رجل رجلين فاشتريا كان له أن يأخذ نصيب أحدهما، وإن [كان][3] الموكل رجلين، والوكيل واحد لم يكن له أن يأخذ نصيب أحد الموكلين.

قوله: (أخذ الشفيع الذي صار للمشتري أو يدع)، يعني ليس له أن ينقض ويقول للمشتري: ادفعه للبائع حتى آخذ منه؛ لأن القسمة في غير المكيل والموزون [إقرار][4]، وقبض لعين الحق من وجه[5]، ومبادلة من وجه، والشفيع يملك نقض المبادلة التي يحدثها المشتري، ولا يملك نقض القبض، ولهذا ليس له أن ينقض قبض المشتري ليعيد العهدة على البائع؛ لأن القبض بجهة البيع له

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٥) في الأصل: (عين)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَقَعَ مَعَ الَّذِي قَاسَمَ، فَلَمْ تَكُنْ القِسْمَةُ مِن تَمَامِ القَبْضِ الَّذِي هُوَ حُكْمُ العَقْدِ، بَلْ هُوَ تَصَرُّفٌ بِحُكْمِ المِلْكِ، فَيَنْقُضَهُ الشَّفِيعُ كَمَا يَنْقُضُ بَيْعَهُ وَهِبَتَهُ، ثُمَّ إِطْلَاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ النِّصْفَ الَّذِي صَارَ لِلْمُشْتَرِي فِي أَيِّ جَانِبٍ كَانَ وَهُوَ المَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّ المُشْتَرِيَ لَا يَمْلِكُ إِبْطَالَ حَقِّهِ بِالقِسْمَةِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ إِنَّمَا يَأْخُذُهُ إِذَا وَقَعَ فِي جَانِبِ الدَّارِ الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا، لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى جَارًا فِيمَا يَقَعُ فِي الجَانِبِ الآخَرِ.

حكم البيع، وكما لا يملك نقض البيع الأول لا يملك نقض القبض الموجود بجهة البيع، فلما كانت القسمة مبادلة من وجه قبضًا من وجه، فمن حيث إنها قبض يملك الشفيع نقضها، ومن حيث إنها مبادلة بملك فلا يملك نقضها بالشك، كذا في قاضي خان.

وفي الذخيرة: تصرفات المشتري [في][(١)] الدار المشفوعة صحيحة إلى أن يحكم بالشفعة؛ لأن التصرف يعتمد الملك، والملك له، وللشفيع حق الأخذ، غير أن الشفيع ينقض كل تصرفه إلا القبض، وما كان من تمام القبض، والقسمة من تمام القبض سواء كانت بالقضاء أو بغيره؛ لما عرف أن قبض المشاع فيما يحتمل القسمة قبض ناقص، حتى لا تصح الهبة في المشاع، ولو قاسم وسلم جازت الهبة وقاسم المشتري، فالمشتري في محل الرفع بالفاعلية، والذي لم يبع في محل النصب بالمفعولية أي: قاسم المشتري الدار مع الشريك الذي للبائع ولم يبع.

قوله: (ثم إطلاق الجواب في الكتاب) أي: الجامع وهو قوله: (أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري).

قوله: (لا يملك إبطال حقه) أي: حق الشفيع بالقسمة؛ لأنها تصرف من المشتري فلا يبطل به حق الشفعة.

قوله: (وعن أبي حنيفة) إلى آخره، ذكره القدوري في شرحه؛ لأنه إذا وقع في غير جانبها، وليس له نقض القسمة لا يكون جارًا فلا يستحق الشفعة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ دَارًا وَلَهُ عَبْدٌ مَأْذُونٌ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلَهُ الشُّفْعَةُ، وَكَذَا إِذَا كَانَ العَبْدُ هُوَ البَائِعُ، فَلِمَوْلَاهُ الشُّفْعَةُ) لِأَنَّ الأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ تَمَلُّكٌ بِالثَّمَنِ فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الشِّرَاءِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مُفِيدٌ، لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ لِلْغُرَمَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، لِأَنَّهُ يَبِيعُهُ لِمَوْلَاهُ، وَلَا شُفْعَةَ لِمَنْ يَبِيعُ لَهُ. قَالَ: (وَتَسْلِيمُ الأَبِ وَالوَصِيِّ الشُّفْعَةَ عَلَى الصَّغِيرِ

قوله: (وله عبد مأذون مديون وهو الشفيع فله الشفعة) أي: فللعبد المأذون المديون، وكذا إذا كان البائع العبد والمولى الشفيع (فله) أي: للمولى (الشفعة).

(فترك) أي: الأخذ بالشفعة (بمنزلة الشراء)، ولو اشترى أحدهما من آخر يجوز؛ لأنه يفيد ملك اليد، فكذا الأخذ بالشفعة.

وعند الأئمة الثلاثة: لا شفعة له؛ لأنه بائع أو مشترٍ لمولاه كما لم يكن عليه دين.

قوله: (وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير)[1]، اعلم أن الشفعة تثبت للصغير عند أكثر أهل العلم، وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة للصغير.

قال النخعي، والحارث العكلي: لأن الصبي لا يمكنه الأخذ، ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ؛ لما فيه من الإضرار بالمشتري، ولا يمكن وليه الأخذ؛ لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ.

وللعامة عموم الأحاديث، ولأنه خيار يثبت لإزالة الضرر، فيثبت للصغير كخيار العيب، وقولهم: لا يملك العفو ولا يملك الأخذ منقوض بخيار العيب، فإنه يملك الأخذ ولا يملك العفو، ولأن في العفو تضييع لا في الأخذ، وولاية الولي نظرية مع أن عفوه جائز عند أبي حنيفة، وأبي يوسف.

وما ذكروه من الضرر في الانتظار يشكل بالغائب، ثم إذا ثبت الشفعة له يقوم في الأخذ والطلب من قام مقامه شرعًا كالأب، ثم وصيه، ثم الجد، ثم وصيه الذي نصبه القاضي، فإن لم يكن أخذ من هؤلاء فهو على شفعته إذا بلغ، وإذا ترك الطلب أخذ من هؤلاء بطلت شفعته، حتى لو بلغ لا يكون له الأخذ، أما إذا عفا هل تسقط شفعته، والنظر في الأخذ يسقط عند أبي حنيفة، وأبي يوسف.

---

(١) في الأصل (الصفة)، والمثبت من النسخة الثانية، وهو الموافق لما في المتن.

جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ: هُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ إِذَا بَلَغَ) قَالُوا: وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا بَلَغَهُمَا شِرَاءُ دَارٍ بِجِوَارِ دَارِ الصَّبِيِّ فَلَمْ يَطْلُبَا الشُّفْعَةَ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ تَسْلِيمُ الوَكِيلِ بِطَلَبِ الشُّفْعَةِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الوِكَالَةِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ: أَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لِلصَّغِيرِ، فَلَا يَمْلِكَانِ إِبْطَالَهُ كَدِيَتِهِ وَقَوْدِهِ،

وقال محمد، وزفر والشافعي، ومالك، وأحمد: في رواية لا يسقط إذا كان النظر [٢/ ٣٩٣/ أ] في الأخذ ولا يسقط، وعن أحمد في ظاهر مذهبه أنه لا يسقط سواء ترك مع النظر أو عدمه أو عفا؛ لأنه حق ثابت له فيملك أخذه، ولا يسقط بإسقاط غيره.

قوله: (وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة) والباقي قوله: (بطلت) يتعلق بالوكيل لا بالتسليم.

في المبسوط: إذا وكل وكيلًا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة، أو أقر بأن موكله قد سلم[1]، فعند أبي حنيفة يصحان في مجلس القاضي، وعند أبي يوسف في المجلس وغيره آخرًا، وكان يقول أولًا: لا يصحان في المجلس وغيره، ثم رجع وقال: يصحان فيهما، ومحمد مع أبي حنيفة في إقراره في مجلس القاضي إذا سلم بنفسه، فعند محمد، وزفر، والشافعي: لا يصح؛ لأن ذلك ضد ما فوض إليه؛ لأنه أمر باستيفاء الحق لا بإسقاطه.

قوله: (لمحمد وزفر أنه): أي: حق الشفعة أو طلبها **(حق ثابت للصغير، فلا يملكان)** أي: الأب والوصي **(إبطاله كدينه)** بالنون، وفي بعض النسخ **(كديته)** بالتاء المنقوطة من فوقها باثنتين بدلالة قوله: (وقوده)، ولكن الأولى في النسخ الأول، لأنه أعم وأوفق لرواية المبسوط، فإنه علل فيه وقال: لا تثبت الولاية لهما في إسقاطه كإبراء الدين والعفو عن القصاص الواجب له وإعتاق عبده، وهذا لأن ولايتهما نظرية، وفي إسقاط حقه ليس معنى النظر بل فيه إضرار فلا يملكانه.

---

(١) في الأصل (سلمت)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَلِأَنَّهُ شُرِعَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ فَكَانَ إِبْطَالُهُ إِضْرَارًا بِهِ، وَلَهُمَا، أَنَّهُ فِي مَعْنَى التِّجَارَةِ فَيَمْلِكَانِ تَرْكَهُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ أَوْجَبَ بَيْعًا لِلصَّبِيِّ صَحَّ رَدُّهُ مِن الأَبِ وَالوَصِيِّ، وَلِأَنَّهُ دَائِرٌ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرَرِ، وَقَدْ يَكُونُ النَّظَرُ فِي تَرْكِهِ، لِيَبْقَى الثَّمَنُ عَلَى مِلْكِهِ، وَالوِلَايَةُ نَظَرِيَّةٌ فَيَمْلِكَانِهِ وَسُكُوتُهُمَا كَإِبْطَالِهِمَا، لِكَوْنِهِ دَلِيلَ الإِعْرَاضِ، وَهَذَا إِذَا بِيعَتْ بِمِثْلِ قِيمَتِهَا، فَإِنْ بِيعَتْ بِأَكْثَرَ مِن قِيمَتِهَا بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ، قِيلَ: جَازَ التَّسْلِيمُ بِالإِجْمَاعِ، لِأَنَّهُ تَمَحَّضَ نَظَرًا وَقِيلَ. لَا يَصِحُّ بِالِاتِّفَاقِ ....

(ولهما أنه) أي: الأخذ بالشفعة (في معنى التجارة) لأنه تملك العين بالثمن، وهو عين الشراء، فيصح تركه ممن يملك التجارة، كما لو قال رجل: بعت هذا العبد لفلان الصبي بكذا يرده الأب أو القاضي، ولأن هذا التصرف دائر بين الضرر والنفع، فهو إسقاط بعوض بعدله، فلا يعد ذلك ضررًا كبيع ماله، بخلاف الإبراء والعفو عن القود والإعتاق؛ لأنه لا عوض هناك يعادله فلا يملكانه.

قوله: (جاز التسليم بالإجماع) أي: بلا خلاف محمد وزفر والشافعي؛ لتمحضه نظرًا للصبي.

وقيل: (لا يصح التسليم بالاتفاق) إلى آخر ما ذكر في المتن.

وفي الكافي: وهو الأصح، وهكذا ذكره في المبسوط؛ لأنه إذا لم يملك الأخذ لا يملك التسليم، فبقي الصبي على حقه إذا بلغ وصار الولي كالأجنبي.

قوله: (لا يصح) عند أبي حنيفة، وذكر في الحصر والمختلف في هذه المسألة، فعن أبي حنيفة يجوز أيضًا؛ لأنه امتناع عن إدخاله في ملكه لا إزالة عن ملكه، فلم يكن تبرعًا، فهذا مخالف لرواية الهداية، وإنما خص قول أبي حنيفة مع أن قول محمد، وزفر، والشافعي كذلك؛ لأن الشبهة ترد على قوله: فإن تسليم الأب والقاضي فيجوز عنده إذا بيعت بمثل قيمتها، فينبغي أن يجوز بأقل؛ لما أن هذا البيع وإن كان بالمحاباة الكثيرة لا يخرج عن معنى التجارة.

ولهما ولاية الامتناع عن التجارة في ماله لكن قال: لا يصح فيما يروى عن أبي حنيفة؛ لأن تصرفهما في ماله يدور مع الوجه الأحسن، فلما تعينت جهة

لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الأَخْذَ فَلَا يَمْلِكُ التَّسْلِيمَ كَالأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ بِيعَتْ بِأَقَلَّ مِن قِيمَتِهَا مُحَابَاةً كَثِيرَةً، فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَا يَصِحُّ التَّسْلِيمُ مِنهُمَا أَيْضًا، وَلَا رِوَايَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

الأحسن في هذا البيع في الأخذ، فكان في التسليم قربان ماله بغير الأحسن، وفيه نوع تأمل.

ولهذا المعنى خص قول أبي يوسف بقوله: (**ولا رواية عن أبي يوسف**)، وإن كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما إذا بيعت بمثل قيمتها.

وفي الذخيرة، والمغني: ولو اشترى تراب دار للصغير والأب شفيعها يأخذها بالشفعة عندنا إذا لم يكن بالأخذ ضرر للصغير، وبه قال الشافعي، وأحمد، وينبغي أن يقول: اشتريت للصبي وأخذت بالشفعة؛ لأن شراء ماله لنفسه جائز، وكذا بالشفعة.

ولو كان مكان الأب الوصي فإن كان في الأخذ للصغير منفعة بأن اشتراه بغبن يسير للوصي أن يأخذها على قياس قول أبي حنيفة، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف كما في شراء الوصي مال الصغير لنفسه، وللشافعي فيه وجهان: في وجه الأخذ، وفي وجه لا، وبه قال أحمد للتهمة.

أما إذا لم يكن للصغير في الأخذ منفعة يجوز أخذه بالإجماع، ولو كان الصبي شفيع دار اشتراها الوصي لنفسه لا يشهد ولا يطلب الشفعة للتهمة، فإذا بلغ يأخذها إن شاء.

أما الأب لو اشترى دارًا لنفسه والصبي شفيعها، فلم يطلبها الأب للصغير لا تبطل شفعته حتى إذا بلغ كان له الأخذ؛ لأن الأب لا يتمكن من الأخذ؛ لأنه مانع، وسكوته لا يكون مبطلًا.

أما الوصي لو باع دارًا لنفسه، أو اشترى لنفسه، والصبي شفيعها، فسكوته لا يبطل شفعته، حتى إذا بلغ له الأخذ.

وفي الجامع الأصغر: لو باع الوصي دارًا ليتيم والوصي شفيعها، فلا شفعة له إلا إذا باعها وكيل القاضي أو القاضي، للوصي الشفعة، وبه قال الشافعي، وأحمد. والله أعلم.

كِتَابُ القِسْمَةِ

قال: القِسْمَةُ فِي الأَعْيَانِ المُشْتَرَكَةِ مَشْرُوعَةٌ، لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَاشَرَهَا فِي المَغَانِمِ وَالمَوَارِيثِ، وَجَرَى التَّوَارُثُ بِهَا مِن غَيْرِ نَكِيرٍ، ....

كِتَابُ الْقِسْمَةِ

[٢/ ٣٩٣/ ب] قيل: إيراد القسمة عقيب الشفعة باعتبار أن كل واحد من نتائج النصيب الشائع، إذ أقوى أسباب الشفعة الشركة، أو باعتبار أن القسمة نافية للشفعة، وقاطعة لوجوبها رجوعًا إلى قوله ﷺ: «**الشُّفعةُ فيمَا لا يُقسَمُ فإذا وَقعَتِ الحدودُ وصُرِفَتِ الطّرقُ فلَا شُفعَةَ**»(١) والنفي يقتضي سبق الثبوت، مع أن المثبت مقدم على النافي، ثم من محاسن القسمة الخلاص من مصاحبة شريك له سوء خلق، إذ مع صحبته لا تنتظم أمور الدين(٢) والدنيا، وقد يكون كمال انتفاعه بملكه في القسمة، وهو الأغلب فحسن شرع القسمة.

ثم القسمة لغة: اسم من الاقتسام، كالقدوة للاقتداء، والأسوة للائتساء.

وشرعًا: ما ذكر في الإيضاح بأنها جمع النصيب الشائع في مكان معين.

وسببها: طلب الشريك الانتفاع بملكه على وجه الخصوص، ولهذا لو طلبها يجب على القاضي إجابته على ذلك، ذكره في المبسوط.

وركنها: الفعل يقع بها للإفراز كالكيل، والوزن، والعدِّ، والذَّرع، والكيلي، والوزني، والعددي، والذرعي.

وشرطها: أن لا يفوت منفعته بالقسمة.

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٨٧ رقم ٢٢٥٧)، ومسلم (٣/ ١٢٢٩ رقم ١٦٠٨) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٢) في الأصل: (الدنيا والدنيا) والمثبت من النسخة الثانية.

ثُمَّ هِيَ لَا تَعْرَى عَنْ مَعْنَى المُبَادَلَةِ، لِأَنَّ مَا يَجْتَمِعُ لِأَحَدِهِمَا بَعْضُهُ كَانَ لَهُ، وَبَعْضُهُ كَانَ لِصَاحِبِهِ، فَهُوَ يَأْخُذُهُ عِوَضًا عَمَّا بَقِيَ مِن حَقِّهِ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، فَكَانَ مُبَادَلَةً وَإِفْرَازًا، وَالإِفْرَازُ هُوَ الظَّاهِرُ فِي المَكِيلَاتِ وَالمَوْزُونَاتِ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ، حَتَّى كَانَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ حَالَ غَيْبَةِ صَاحِبِهِ، وَلَوْ اشْتَرَيَاهُ فَاقْتَسَمَاهُ يَبِيعُ أَحَدُهُمَا

وعن هذا قال في المبسوط: **لا يقسم الحمام والحائط وما أشبه ذلك بين الشركاء؛ لما فيها من الضرر، والمقصود من القسمة توفير المنفعة، فإذا فات منفعته بالقسمة، فيكون ذلك تبديلًا لا إفرازًا**[1].

وشرعيتها: بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر:٢٨] أي: لكل شرب محتضر[2]، وقوله تعالى: ﴿لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ﴾ [الشعراء:١٥٥]، في قصة ناقة صالح، وشريعة من قبلنا تلزمنا إذا لم يكن فيه نكير، وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [النساء:٨] الآية.

وأما السنة: فما روي أنه ﷺ باشرها في الغنائم والمواريث، وقال: «**أعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ**»[3]، وكان يقسم بين نسائه، وهذا مشهور، وأجمعت الأمة على مشروعيتها.

قوله: (ثم هي) أي: (**القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة**)، والإفراز في المثلي وغيره؛ لأنه ما من جزء معين إلا وهو مشتمل على النصيبين، وكان ما يأخذ كل واحد منهما نصفه ملكه لم يستفده من صاحبه، فكان إفرازًا، والنصف الآخر كان لصاحبه فصار له عوضًا عما في يد صاحبه، فكان مبادلة إلا أن الأظهر معنى الإفراز والتمييز في المثلي.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/ ٥١).

(٢) في الأصل والنسخة الثالثة (مختص)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ١١٤ رقم ٢٨٧٠)، والترمذي (٣/ ٥٠٤ رقم ٢١٢٠)، وابن ماجه (٢/ ٩٠٥ رقم ٢٧١٣) من حديث أبي أمامة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إنّ اللَّهَ قدْ أعطَى كلَّ ذِي حَقٍّ حقَّهُ فلَا وَصيةَ لِوارثٍ».
وحسنه الترمذي، وحسنه أيضًا ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/ ٢٠٢).

نَصِيبَهُ مُرَابَحَةً بِنِصْفِ الثَّمَنِ، وَمَعْنَى الْمُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الْحَيَوَانَاتِ وَالْعُرُوضِ لِلتَّفَاوُتِ، حَتَّى لَا يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا أَخْذُ نَصِيبِهِ عِنْدَ غَيْبَةِ الْآخَرِ. وَلَوْ اشْتَرَيَاهُ فَاقْتَسَمَاهُ لَا يَبِيعُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ مُرَابَحَةً بَعْدَ الْقِسْمَةِ، إِلَّا أَنَّهَا ....

(ومعنى المبادلة في الحيوانات) أي: في غير ذوات الأمثال، وبه صرح في المغني وغيره حيث قال: القسمة في غير ذوات الأمثال معنى المبادلة فيها راجح؛ لأنها إفراز حكمًا من وجه، ومن حيث الحقيقة مبادلة وهو ظاهر.

وأما من حيث الحكم ما يأخذ كل واحد مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة، وأخذ القيمة كأخذ العين حكمًا فكان إفرازًا من هذه الجهة.

وقوله: (إلا أنها)، إلى آخره، جواب سؤال يرد على قوله: (معنى المبادلة هو الظاهر) بأن يقال لو كان الرجحان للمبالغة ينبغي للقاضي أن لا يجبر الآبي على القسمة في غير ذوات الأمثال، كما لا يجبر على بيع ماله فقال: إنما يجبر لدفع الضرر عن غيره، كالغريم يحبس حتى يبيع ماله ليقضي الدين.

وبهذا السؤال والجواب صرح في المغني حيث قال، فإن قيل: لو كان الرجحان لجهة المبايعة ينبغي أن لا يجبر عليها، وبالإجماع يجبر، وكذا لا يثبت حكم المغرور فيها حتى لو بنى أحدهما في نصيبه بعد القسمة ثم استحق نصيبه ونقض بناءه لا يرجع على صاحبه بقيمة البناء، وفي المبايعة يرجع المشتري.

قلنا: الجبر لحق مستحق للغير كما أن المشتري يجبر على الدفع على تسليم الدار إلى الشفيع، والمديون يحبس حتى يبيع ماله ويقضي الدين، فالجبر لحق الغير لا ينفي كونها مبايعة، وإنما لا يثبت حكم الغرور؛ لأن كل واحد منهما مضطر في هذه المبايعة لتخليص حقه، ومنع صاحبه عن الارتفاق بملكه، ولا يمكنه ذلك إلا بهذه المبايعة، فيكون مضطرًّا فيها لإحياء حقه، والجبر كما يثبت بالإكراه يثبت بالحاجة إلى إحياء الحق كصاحب العلو[١] إذا بنى السفل، وإذا كان يجبر على هذه المبايعة لا يثبت حكم الغرور كالشفيع إذا أخذ الدار من المشتري بالقضاء.

---

(١) في الأصل: (إلى إحياء الحق لصاحب الغير)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

إِذَا كَانَتْ مِن جِنْسٍ وَاحِدٍ أَجْبَرَ القَاضِي عَلَى القِسْمَةِ عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِ الشُّرَكَاءِ، لِأَنَّ

قوله: (وإن كانت) أي: الأعيان المشتركة أجناسًا مختلفة، لا يجبر القاضي على قسمتها.

والحاصل: أن الأعيان المشتركة لا تخلو إما أن كانت من جنس واحد [أو أجناس مختلفة، فإن كانت من جنس واحد][1] فلا يخلو إما أن كانت مما يجرى فيه الربا كالمكيل، [٢/ ٣٩٤/أ] والموزون، أو لا يجري كالحيوان، فالقاضي يجبر عند طلب أحدهما في هذين الوجهين بعد أن كانا من جنس واحد؛ لأن الآبِي مُتَعنِّتٌ؛ لأن المشاع ناقص المنفعة، والمقسوم وافر المنفعة، هذا إذا كانت المنفعة بعد القسمة تبقى.

أما إذا لم تبق بل يتضرر كل واحد لا يقسمه القاضي بغير التراضي كالحمام، والبيت الصغير، والحائط، وما أشبه ذلك مما يحتاج إلى الشق والقطع، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وعند التراضي روايتان: في رواية: لا بأس للقاضي أن يشق بإذنهما، وفي رواية: لا يلي ذلك بنفسه بل يفوض إليهما.

والأصل: أن التراضي في القسمة على الضرر جائز، والتراضي على الربا لا يجوز، كما في بيع الربا حتى لو كان كُرَّ بُرٍّ بينهما ثلاثون مختومًا منها رديئة قيمتها عشرة دراهم، وعشرة مخاتيم جيدة قيمتها عشرة، فتراضيا على أن يكون الثلاثون الرديئة لأحدهما، والعشرة الجيدة لآخر لا يجوز؛ لأنه ربا؛ لأن لمن قبض الثلاثين له في جملة الكُرِّ عشرون مختومًا، وقد قبض زيادة عشر بإزاء الجودة في العشرة، فيكون ربا، وإن تراضيا عليه؛ لأن في الكيلي والوزني عند ملاقاة جنسه لا عبرة للصفة والقيمة.

وأما إذا كانت الأعيان المشتركة من أجناس مختلفة، وطلب أحدهما فلا يقسمها بغير التراضي؛ لأن القسمة في مختلفة الجنس مبادلة كالتجارة، والتراضي في التجارة شرط بالنص، كذا في شرح الطحاوي.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

فِيهِ مَعْنَى الإِفْرَازِ لِتَقَارُبِ المَقَاصِدِ، وَالمُبَادَلَةُ مِمَّا يَجْرِي فِيهِ الجَبْرُ كَمَا فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَهَذَا لِأَنَّ أَحَدَهُمْ بِطَلَبِ القِسْمَةِ يَسْأَلُ القَاضِيَ أَنْ يَخُصَّهُ بِالِانْتِفَاعِ بِنَصِيبِهِ وَيَمْنَعَ الغَيْرَ عَنْ الِانْتِفَاعِ بِمِلْكِهِ، فَيَجِبُ عَلَى القَاضِي إِجَابَتُهُ وَإِنْ كَانَتْ أَجْنَاسًا مُخْتَلِفَةً لَا يُجْبِرُ القَاضِي عَلَى قِسْمَتِهَا لِتَعَذُّرِ المُعَادَلَةِ بِاعْتِبَارِ فُحْشِ التَّفَاوُتِ فِي المَقَاصِدِ، وَلَوْ تَرَاضَوْا عَلَيْهَا جَازَ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ. قَالَ: (وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يُنَصِّبَ قَاسِمًا يَرْزُقُهُ مِن بَيْتِ المَالِ لِيَقْسِمَ بَيْنَ النَّاسِ بِغَيْرِ أَجْرٍ) لِأَنَّ القِسْمَةَ مِن جِنْسِ عَمَلِ القَضَاءِ، مِن حَيْثُ إِنَّهُ يَتِمُّ بِهِ قَطْعُ المُنَازَعَةِ فَأَشْبَهَ رِزْقَ القَاضِي، وَلِأَنَّ مَنْفَعَةَ نَصْبِ القَاسِمِ تَعُمُّ العَامَّةَ فَتَكُونَ كِفَايَتُهُ فِي مَالِهِمْ غُرْمًا بِالغُنْمِ، قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ، نَصَّبَ قَاسِمًا يَقْسِمُ بِالأَجْرِ) مَعْنَاهُ: بِأَجْرٍ عَلَى المُتَقَاسِمِينَ، لِأَنَّ النَّفْعَ لَهُمْ عَلَى الخُصُوصِ، وَبِقَدْرِ أَجْرِ مِثْلِهِ كَيْ لَا يَتَحَكَّمَ بِالزِّيَادَةِ، وَالأَفْضَلُ أَنْ يَرْزُقَهُ مِن بَيْتِ المَالِ، لِأَنَّهُ أَرْفَقُ بِالنَّاسِ وَأَبْعَدُ عَنْ التُّهْمَةِ.

(وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَدْلًا مَأْمُونًا عَالِمًا بِالقِسْمَةِ) لِأَنَّهُ مِن جِنْسِ عَمَلِ القَضَاءِ، وَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن القُدْرَةِ وَهِيَ بِالعِلْمِ، وَمِن الِاعْتِمَادِ عَلَى قَوْلِهِ: وَهُوَ بِالأَمَانَةِ (وَلَا يُجْبِرُ القَاضِي النَّاسَ عَلَى قَاسِمٍ وَاحِدٍ) مَعْنَاهُ: لَا يُجْبِرُهُمْ عَلَى أَنْ يَسْتَأْجِرُوهُ، لِأَنَّهُ

قوله: (أبعد عن التهمة)(١) أي: تهمة الميل إلى أحد المتقاسمين بسبب ما يعطيه بعض الشركاء.

زيادة وفي أدب القاضي للصدر الشهيد: لا يجوز للقاضي أخذ الأجرة على القسمة، وأنها واجبة عليه، وللقاسم يجوز.

وفي الذخيرة: يجوز للقاضي أخذ أجرة القسمة؛ لأن القسمة ليست بقضاء حقيقة حتى لا يجب على القاضي مباشرتها، وإنما الواجب عليه جبر الآبي على القسمة، إلا أن لها شبهًا بالقضاء من حيث إنها تستفاد بولاية القاضي حتى ملك جبر الآبي دون غيره، فمن هذا الوجه لا يستحب له أخذها، وبه قالت الأئمة الثلاثة، إذا لم يكن فللقاضي من بيت المال رزق.

---

(١) في الأصل: (القيمة) والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

لَا جَبْرَ عَلَى العُقُودِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ تَعَيَّنَ لَتَحَكَّمَ بِالزِّيَادَةِ عَلَى أَجْرِ مِثْلِهِ (وَلَوْ اصْطَلَحُوا فَاقْتَسَمُوا جَازَ، إِلَّا إِذَا كَانَ فِيهِمْ صَغِيرٌ فَيَحْتَاجُ إِلَى أَمْرِ القَاضِي) لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُمْ عَلَيْهِ (وَلَا يَتْرُكُ القُسَّامَ يَشْتَرِكُونَ) كَيْ لَا تَصِيرَ الأُجْرَةُ غَالِيَةً بِتَوَاكُلِهِمْ، وَعِنْدَ عَدَمِ الشَّرِكَةِ يَتَبَادَرُ كُلٌّ مِنهُمْ إِلَيْهِ خِيفَةَ الفَوْتِ فَيُرَخِّصُ الأَجْرَ. قَالَ: (وَأُجْرَةُ القِسْمَةِ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: عَلَى قَدْرِ الأَنْصِبَاءِ) لِأَنَّهُ مُؤْنَةُ المِلْكِ فَيَتَقَدَّرُ

قوله: (ولو اصطلحوا) أي: الشركاء، **(واقتسموا)** أي: بدون رفع الأمر إلى القاضي جاز؛ لأن في القسمة معنى المعاوضة، فتثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات، كذا في أدب القاضي، إلا أن يكون منهم صغير أو مجنون أو غائب.

القُسَّام: جمع القاسم، كالزُّرَّاع جمع الزارع. والتواكُل: هو أن يتكل بعضهم على بعض. والمعنى لا يَحُلُّ القاضي شركتهم بحيث لا يتجاوز أمر القسمة عنهم إلى غيرهم، يعني لا يُعَيِّنْهم؛ لأنه لو عَيَّنَهم في الاستئجار يكلفون للأجر زيادة على أجر المثل، فيتضرر بها المتقاسمون، بل يقول: استَبِدَّ أنت بالقسمة بلا مشاركة، فكذا في كل واحد.

قوله: (على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة)، وبه قال مالك، وقال أبو يوسف، ومحمد.

(على قدر الأنصباء)، وبه قال الشافعي، وأحمد، وأصبغ المالكي؛ **(لأنه)** أي: الأجر، **(مؤنة بسبب الملك)** فيكون بينهم على قدر الملك كنفقة المملوك المشترك، وأجرة الكيال والوزان في المال المشترك، وحفر البئر المشتركة، وهذا لأن المقصود من القسمة توصل كل واحد منهم إلى الانتفاع بنصيبه، ومنفعة نصيب صاحب الكثير أكبر من منفعة صاحب القليل، والغرم بالغنم، فصارت الأجرة كالزوائد الحاصلة مثل: الثمار، والأولاد، فهي على قدر الملك، وكأجر رجل لبناء جدار، أو لتطيين سطح بيتهم، فإن الأجر على التفاوت.

ولأبي حنيفة: أن المعقود عليه التمييز لا المساحة، ومسند الأطناب،

بِقَدْرِهِ كَأُجْرَةِ الكَيَّالِ وَالوَزَّانِ وَحَفْرِ البِئْرِ المُشْتَرَكَةِ وَنَفَقَةِ المَمْلُوكِ المُشْتَرَكِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الأَجْرَ مُقَابَلٌ بِالتَّمْيِيزِ، وَأَنَّهُ لَا يَتَفَاوَتُ، وَرُبَّمَا يَصْعُبُ الحِسَابُ بِالنَّظَرِ إِلَى القَلِيلِ، وَقَدْ يَنْعَكِسُ الأَمْرُ فَيَتَعَذَّرَ اعْتِبَارُهُ فَيَتَعَلَّقَ الحُكْمُ بِأَصْلِ التَّمْيِيزِ، بِخِلَافِ حَفْرِ البِئْرِ، لِأَنَّ الأَجْرَ مُقَابَلٌ بِنَقْلِ التُّرَابِ وَهُوَ يَتَفَاوَتُ، وَالكَيْلُ وَالوَزْنُ إِنْ كَانَ لِلْقِسْمَةِ، قِيلَ: هُوَ عَلَى الخِلَافِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْقِسْمَةِ ....

والمبني على الحدود[1]، فإنه لو استعان ذلك بأرباب الملك استوجب كمال الأجر إذا قسم، ولا تفاوت في التمييز بين القليل والكثير، إذ إفراز القليل من الكثير كإفراز الكثير من القليل، فكان عمل الإفراز واقعًا لهما جملة، وربما يكون عمله في نصيب صاحب القليل أكثر؛ لأن الحساب يدق بقلة بعض الأنصباء، وقد يصير تمييز الكثير لكسور وقع فيه.

فلما تعارض الوجهان اعتبرنا نفس التمييز بخلاف حفر البئر المشترك، وتطيين السطح، وبناء الجدار؛ لأن الأجر مقابل بنقل التراب، وقد يتفاوت بالقلة والكثرة، وكذا التطيين بنقل الماء والطين وذلك أيضًا يتفاوت بالقلة والكثرة.

أما التمييز واقع لهما بعمل واحد وبخلاف الزوائد؛ لأنها تتولد من الملك فإنما تتولد بقدر الملك بخلاف النفقة لأنها إبقاء الملك وحاجة صاحب الكثير [٢/ ٣٩٤/ ب] إلى ذلك أكثر كذا في المبسوط[2]، والأسرار.

قوله: (فيتعذر اعتباره) أي: اعتبار صعوبة الحساب بالنظر إلى القليل كما ذكرنا.

قوله: (وإن لم يكن للقسمة)، بل ليصير المكيل والثوب معلوم القدر، والذرع والأجر على قدر الأنصباء؛ لأن الأجر استحق بإزاء فعل الكيل من غير اعتبار إفراز، وفعل الكيل يتقدر بقدر المكيل؛ فيتفاوت البدل أيضًا، كذا في الأسرار، والذخيرة.

---

(١) كذا في الأصل، وفي النسخة الثانية والثالثة: (ومد الأطناب، والمشي على الحدود).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٥/ ٦).

فَالأَجْرُ مُقَابَلٌ بِعَمَلِ الكَيْلِ وَالوَزْنِ وَهُوَ يَتَفَاوَتُ وَهُوَ العُذْرُ لَوْ أُطْلِقَ وَلَا يُفَصَّلُ، وَعَنْهُ، أَنَّهُ عَلَى الطَّالِبِ دُونَ المُمْتَنِعِ لِنَفْعِهِ وَمَضَرَّةِ المُمْتَنِعِ. قَالَ: (وَإِذَا حَضَرَ الشُّرَكَاءُ عِنْدَ القَاضِي وَفِي أَيْدِيهِمْ دَارٌ، أَوْ ضَيْعَةٌ، وَادَّعَوْا أَنَّهُمْ وَرِثُوهَا عَنْ فُلَانٍ، لَمْ يَقْسِمْهَا القَاضِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى يُقِيمُوا البَيِّنَةَ عَلَى مَوْتِهِ وَعَدَدِ وَرَثَتِهِ، وَقَالَ صَاحِبَاهُ: يَقْسِمُهَا بِاعْتِرَافِهِمْ، وَيَذْكُرُ فِي كِتَابِ القِسْمَةِ: أَنَّهُ قَسَمَهَا بِقَوْلِهِمْ، وَإِنْ كَانَ المَالُ المُشْتَرَكُ مَا سِوَى العَقَارِ، وَادَّعَوْا أَنَّهُ مِيرَاثٌ قَسَمَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وَلَوْ

قوله: (وهو العذر لو أطلق) أي: الأجر مقابل بعمل الكيل لو كان قولهما: كأجرة الكيال والوزان يجري على إطلاقه.

فالجواب لأبي حنيفة عن ذلك هو وفي المبسوط: قال بعض مشايخنا: هو على الاختلاف إن كان لأجل القسمة، والأصح أنه على الإطلاق.

وأبو حنيفة رحمه الله يفرق وقال: الأجر هاهنا بمقابلة الكيل لكل أحد، ألا ترى أنه لو استعان في ذلك بالشركاء لم يستوجب الأجر، وعمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر، إذ كل عاقل يعرف أن كيل مائة قفيز أكثر من كيل عشرة أقفرة، بخلاف القسام؛ لما ذكرنا.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الأجرة على طالب القسمة دون الممتنع، وقالا: عليهما، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (وفي أيديهم دار أو ضيعة)[(١)] قيد بهما؛ لأنه كان في أيديهم عروض أو شيء مما ينقل يقسم بإقرارهم أنه ميراث بالاتفاق، وقيد بالإرث لأنهم إذا دعوا إلى الشراء من غائب قسم بينهم بإقرارهم بالاتفاق في رواية الأصل على ما ذكر في الكتاب.

وقال أبو يوسف، ومحمد: يقسمها بلا بينة بإقرارهم كما في الشراء، والعروض، وبه قال الشافعي في قول، وأحمد.

وقال الشافعي في قول: لا يقسم في الجميع بلا بينة للاحتياط.

قوله: (ويذكر) أي القاضي **(كتاب القسمة)** أي: في تلك القسمة.

---

(١) في الأصل: (أرضية) والمثبت من المتن.

ادَّعَوْا فِي العَقَارِ أَنَّهُمْ اشْتَرَوْهُ قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ) لَهُمَا: أَنَّ اليَدَ دَلِيلُ المِلْكِ، وَالإِقْرَارَ أَمَارَةُ الصِّدْقِ، وَلَا مُنَازِعَ لَهُمْ، فَيَقْسِمَهُ بَيْنَهُمْ كَمَا فِي المَنْقُولِ المَوْرُوثِ وَالعَقَارِ المُشْتَرَى، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَا مُنْكِرَ وَلَا بَيِّنَةَ إِلَّا عَلَى المُنْكِرِ فَلَا يُفِيدُ، إِلَّا أَنَّهُ يَذْكُرُ فِي كِتَابِ القِسْمَةِ: أَنَّهُ قَسَمَهَا بِإِقْرَارِهِمْ لِيَقْتَصِرَ عَلَيْهِمْ وَلَا يَتَعَدَّاهُمْ، وَلَهُ: أَنْ يَقْسِمَ قَضَاءً عَلَى المَيِّتِ، إِذْ التَّرِكَةُ مُبْقَاةٌ عَلَى مِلْكِهِ قَبْلَ القِسْمَةِ، حَتَّى لَوْ حَدَثَت الزِّيَادَةُ قَبْلَهَا تُنَفَّذُ وَصَايَاهُ فِيهَا وَتُقْضَى دُيُونُهُ مِنهَا، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ القِسْمَةِ، وَإِذَا كَانَتْ قَضَاءً عَلَى المَيِّتِ، فَالإِقْرَارُ لَيْسَ بِحُجَّةٍ عَلَيْهِ، فَلَا بُدَّ مِن البَيِّنَةِ وَهُوَ مُفِيدٌ، لِأَنَّ بَعْضَ الوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْمًا عَنْ المُورِثِ.

وَلَا يَمْتَنِعُ ذَلِكَ بِإِقْرَارِهِ كَمَا فِي الوَارِثِ، أَوْ الوَصِيِّ المُقِرِّ بِالدَّيْنِ، فَإِنَّهُ يُقْبَلُ البَيِّنَةُ عَلَيْهِ مَعَ إِقْرَارِهِ، بِخِلَافِ المَنْقُولِ. لِأَنَّ فِي القِسْمَةِ نَظَرًا لِلْحَاجَةِ إِلَى الحِفْظِ،

قوله: (ليقتصر عليهم ولا يتقدمهم) حتى لا يكون ذلك قضاء على شريك آخر ولا على مالك لها.

قوله: (لو حدثت الزيادة فيها تنفذ وصاياه) ألا ترى أن من أوصى بجارية لرجل ومات فولدت ولدًا أو اكتسبت كان الولد والكسب لورثة الميت، وإن حدثت الزيادة بعد القسمة يكون للموصى له، وإن كانت الزيادة مع الجارية لا تخرج من الثلث، ذكره في جامع قاضي خان.

قوله: (وهو) أي: البينة على تأويل الشاهد (مفيد) هذا جواب عن قولهما: ولا بينة للأعلى المنكر فلا يفيد.

وفي الذخيرة: فإن قيل: كيف يجعل أحدهم مدعى عليه مع إقرار كل ما يدعيه صاحبه، والمقر بما يدعي المدعي لا يصلح خصمًا للمدعي؟

قلنا: كل واحد إنما يقر على الغير، والإقرار على الغير باطل، فوجوده وعدمه بمنزلة أن لا ترى أن من ادعى على الميت دينًا وأقر به وصيه تكلف إقامة البينة وينتصب الوصي خصمًا له، وإن كان الوصي مُقرًّا.

(بخلاف المنقول) إلى آخره يعني معنى النظر للميت في المنقول بالقسمة؛ لما أن العروض يخشى عليه التوى والتلف، وفي القسمة تحصين وحفظ لها،

أَمَّا العَقَارُ فَمُحْصَنٌ بِنَفْسِهِ، وَلِأَنَّ المَنْقُولَ مَضْمُونٌ عَلَى مَنْ وَقَعَ فِي يَدِهِ، وَلَا كَذَلِكَ العَقَارُ عِنْدَهُ، وَبِخِلَافِ المُشْتَرَى، لِأَنَّ المَبِيعَ لَا يَبْقَى عَلَى مِلْكِ البَائِعِ وَإِنْ لَمْ يَقْسِمْ، فَلَمْ تَكُنْ القِسْمَةُ قَضَاءً عَلَى الغَيْرِ. قَالَ: (وَإِن ادَّعَوْا المِلْكَ وَلَمْ يَذْكُرُوا كَيْفَ انْتَقَلَ إِلَيْهِمْ: قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي القِسْمَةِ قَضَاءٌ عَلَى الغَيْرِ، فَإِنَّهُمْ مَا أَقَرُّوا بِالمِلْكِ لِغَيْرِهِمْ قَالَ ﷺ: هَذِهِ رِوَايَةُ كِتَابِ القِسْمَةِ.

(وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: أَرْضٌ ادَّعَاهَا رَجُلَانِ، وَأَقَامَا البَيِّنَةَ أَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمَا وَأَرَادَا القِسْمَةَ: لَمْ يَقْسِمْهَا حَتَّى يُقِيمَا البَيِّنَةَ أَنَّهَا لَهُمَا) لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ لِغَيْرِهِمَا،

وهذا يوجد في العقار، ولأنه محصن بنفسه، ولأن في العروض ما يأخذ كل واحد منهم بعد القسمة يصير مضمونًا عليه بالقبض في حق غيرهم، ففي جعل ذلك مضمونًا عليهم بعد القسمة نظر للميت، وذا لا يوجد في العقار؛ لأنه مضمون على من أثبت يده فيه عند أبي حنيفة كذا في المبسوط. وهذا معنى قوله: **(ولا كذلك العقار)**.

(عنده) أي: عند أبي حنيفة.

قوله: (بخلاف المشتري)، وفي المبسوط في الشراء في العقار: روي عن أبي حنيفة في غير رواية الأصول أنه لا يقسمها بلا بينة كما في الميراث[(١)]، والفرق له على ظاهر الرواية أن قضاءه بالقسمة في المشترى لا يتضمن قطع حق الغير؛ لأن بعد البيع والتسليم لا يبقى المبيع على حكم ملك البائع، وإن لم يقسم فلا تكون القسمة قضاء على الغير بخلاف الإرث، ألا ترى أن ما يحدث من الزيادة يحدث على حكم ملك المشتري[(٢)].

قوله: (هذه) إشارة إلى قوله **(قسمهُ بينهم)** في كتاب القسمة من المبسوط.

ومسألة الجامع على خلاف ذلك، حيث اشترطت هناك إقامة البينة على الملك في حق جواز القسمة، فلذلك أعاد لفظ الجامع، وهذه المسألة في

---

(١) في المبسوط: (فقد روي عن أبي حنيفة رحمه الله في غير الأصول أن القاضي لا يقسمها بينهم، وسوى بين الشراء والميراث).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٠).

ثُمَّ قِيلَ: هُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقِيلَ: قَوْلُ الكُلِّ، وَهُوَ الأَصَحُّ، لِأَنَّ قِسْمَةَ الحِفْظِ فِي العَقَارِ غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَيْهِ، وَقِسْمَةُ المِلْكِ تَفْتَقِرُ إِلَى قِيَامِهِ وَلَا مِلْكَ فَامْتَنَعَ الجَوَازُ. قَالَ: (وَإِذَا حَضَرَ وَارِثَانِ وَأَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَى الوَفَاةِ وَعَدَدِ الوَرَثَةِ، وَالدَّارُ فِي أَيْدِيهِمْ وَمَعَهُمْ وَارِثٌ غَائِبٌ قَسَمَهَا القَاضِي بِطَلَبِ الحَاضِرِينَ وَيُنَصِّبُ وَكِيلًا يَقْبِضُ نَصِيبَ الغَائِبِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ مَكَانَ الغَائِبِ صَبِيٌّ يَقْسِمُ وَيُنَصِّبُ وَصِيًّا يَقْبِضُ نَصِيبَهُ) لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلْغَائِبِ وَالصَّغِيرِ، وَلَا بُدَّ مِن إِقَامَةِ البَيِّنَةِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ عِنْدَهُ أَيْضًا،

الجامع مذكورة في كتاب القضاء منه، وفيها تفريعات.

قوله: (وهو الأصح لأن القسمة) إلى آخره معناه القسمة ضربان: بحق الملك تكميلًا للمنفعة، وبحق اليد تتميمًا للحفظ.

وامتنع الأول؛ لعدم الملك، وقسمة الملك تفتقر إلى قيام الملك، وكذا الثاني للاستغناء عن الحفظ؛ لأنه محفوظ بنفسه.

قوله: (في أيديهم ومعهم) والصحيح: (أيديهما ومعهما) وبه صرح في المبسوط، فكذا وجد بخط الثقات.

وقوله: (في أيديهم ومعهم) وقع سهوًا؛ لأنه لو كان في [٢/ ٣٩٥/ أ] أيديهم لكان البعض في يد الغائب، وقد ذكر بعد هذا، فإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم.

وفي الخبازية: سهو أو مُؤَوَّل، فإن المراد هو الحضور.

وفي النهاية: لكن الصحيح ما ذكر من السهو.

ذكر في المبسوط: إذا كان في الورثة صغير أو كبير غائب، والدار في أيدي الكبار الحضور، فعند أبي حنيفة: لا يقسمها حتى يقيموا البينة على أصول المواريث؛ لأنها لم تقسم في الفصل الأول مع أن الورثة كلهم حضور كبار، ففي هذا الفصل أولى؛ لأن في قسمته قضاء على الغائب والصغير بقولهم.

وعلى قولهما يقسمها ويعزل حق الغائب والصغير، ويشهد أنه قسمها بإقرار الكبار الحضور، وأن الغائب والصغير على حجته كما في الفصل الأول؛ لأن الدار كلها في يد الكبار الحضور، وليس في هذا القسمة قضاء على الغائب

خِلَافًا لَهُمَا كَمَا ذَكَرْنَا مِن قَبْلُ (وَلَوْ كَانُوا مُشْتَرِينَ: لَمْ يَقْسِمْ مَعَ غَيْبَةِ أَحَدِهِمْ) وَالفَرْقُ: أَنْ مِلْكَ الوَارِثِ مِلْكُ خِلَافَةٍ حَتَّى يُرَدُّ بِالعَيْبِ وَيُرَدُّ عَلَيْهِ بِالعَيْبِ فِيمَا اشْتَرَاهُ المُورِثُ، أَوْ بَاعَ، وَيَصِيرُ مَغْرُورًا بِشِرَاءِ المُورِثِ، فَانْتَصَبَ أَحَدُهُمَا خَصْمًا عَنْ المَيِّتِ فِيمَا فِي يَدِهِ وَالآخَرُ عَنْ نَفْسِهِ، فَصَارَتْ القِسْمَةُ قَضَاءً بِحَضْرَةِ المُتَخَاصِمِينَ.

والصغير بإخراج شيء من أيديهما، وفيها نظر لهما بظهور نصيبهما مما في يد الغير، فإنه بالقسمة يعزل نصيبهما، فهذا محض النظر في حقهما.

قوله: (كما ذكرنا من قبل) وهو قوله: **(لم يقسمها حتى يقيموا البينة)**[١] على موته وعدد ورثته، فقال صاحباه: يقسم باعترافهم.

قوله: (لم يقسم مع غيبة أحدهم) يعني وإن أقاموا البينة على الشراء حتى يحضر الغائب.

قوله: (ويصير مغرورًا بشراء المورث) حتى لو وطئ أمة اشتراها مورثه فولدت، فاستحقت رجع الوارث على بائع مورثه بثمنها.

وقيمة الولد المغرور من جهته، فلا يصلح للحاضر خصمًا عن الغائب، وإذا لم يجعل خصمًا عن الغائب كانت البينة في حق الغائب قائمة بلا خصم، فلا يقبل قوله في هذا الفصل، وهو ما إذا كان العقار في يد غائب، أو مودعه، أو صغيره، وهو قوله: الصحيح احتراز عما ذكر في المبسوط، والذخيرة في أنه يقسم بإقامة البينة في هذه الصورة؛ لأن الورثة يخلفون الميت في الميراث، فينتصبون خصمًا عنه، وينتصب بعضهم خصمًا عن بعض، فقلما تخلو تركة [عن][٢] هذا، فإن الورثة يكثرون، وقلَّما يحضرون، فلو لم يقبل القاضي البينة ولم يقسمها لمَكانِ غائبٍ أو صغيرٍ أدّى إلى الضرر، والضرر مدفوع، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وفي فتاوى قاضي خان: لم يقسم وإن قامت البينة ما لم يحضر الغائب، وهو رواية الجامع.

---

(١) انظر المتن ص ٧٤٥.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

أَمَّا المِلْكُ الثَّابِتُ بِالشِّرَاءِ مِلْكٌ مُبْتَدَأٌ، وَلِهَذَا لَا يُرَدُّ بِالعَيْبِ عَلَى بَائِعِ بَائِعِهِ، فَلَا يَصْلُحُ الحَاضِرُ خَصْمًا عَنْ الغَائِبِ فَوَضَحَ الفَرْقُ (وَإِنْ كَانَ العَقَارُ فِي يَدِ الوَارِثِ الغَائِبِ، أَوْ شَيْءٌ مِنهُ لَمْ يُقْسَمْ، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ مُودِعِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ الصَّغِيرِ) لِأَنَّ القِسْمَةَ قَضَاءٌ عَلَى الغَائِبِ وَالصَّغِيرِ بِاسْتِحْقَاقِ يَدِهِمَا مِن غَيْرِ خَصْمٍ حَاضِرٍ عَنْهُمَا، وَأَمِينُ الخَصْمِ لَيْسَ بِخَصْمٍ عَنْهُ فِيمَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ، وَالقَضَاءُ مِن غَيْرِ الخَصْمِ لَا يَجُوزُ.

وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا الفَصْلِ بَيْنَ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ وَعَدَمِهَا، هُوَ الصَّحِيحُ كَمَا أُطْلِقَ فِي الكِتَابِ. قَالَ: (وَإِنْ حَضَرَ وَارِثٌ وَاحِدٌ، لَمْ يَقْسِمْ، وَإِنْ أَقَامَ البَيِّنَةَ) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن حُضُورِ خَصْمَيْنِ، لِأَنَّ الوَاحِدَ لَا يَصْلُحُ مُخَاصِمًا وَمُخَاصَمًا، وَكَذَا مُقَاسِمًا وَمُقَاسَمًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الحَاضِرُ اثْنَيْنِ عَلَى مَا بَيَّنَّا (وَلَوْ كَانَ الحَاضِرُ كَبِيرًا

وقوله: (كما أطلق في الكتاب) أي: الجامع بقوله: لم يقسم من غير ذكر إقامة البينة.

قوله: (لا يصلح مخاصِمًا ومخاصَمًا)، وهذا لأن الحاضر إن كان خصمًا عن نفسه فليس هنا خصم عن الميت، وعن الغائب، وإن كان هذا الحاضر خصمًا عنهما، وليس هاهنا من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة عليه، ولأن الواحد غير متظلم في طلب القسمة، ولا طالب للإنصاف، إذ ليس معه من ينتفع بملكه حتى يقول للقاضي: اقسمها بيننا كيلا ينتفع بملكي غيري.

وعن أبي يوسف: أن القاضي ينصب عن الغائب خصمًا، ويسمع البينة عليه، ويقسم الدار كما لو ادعى أجنبي دينًا على الميت ولا وارث له، ولا وصي، فإنه ينصب عنه وَصِيًّا.

وجه الظاهر: أن التركة قبل القسمة إن بقيت على حكم ملك الميت من وجه، صارت ملكًا للورثة من وجه، حتى لو أعتق واحد منهم عبدًا من التركة قبل القسمة بعد عتقه في نصيبه، وكل واحد من الورثة يرتفق بنصيبه، ونصيب شريكه قبل القسمة.

والحاضر يدعي القسمة كما يدعي إزالة ما بقي من ملك الميت، يدعي على شركائه قطع الارتفاق بنصيبه، فلئن جاز للقاضي نصب الوصي من حيث إنه

وَصَغِيرًا، نَصَبَ القَاضِي عَنْ الصَّغِيرِ وَصِيًّا، وَقَسَمَ إِذَا أُقِيمَتْ البَيِّنَةُ، وَكَذَا إِذَا حَضَرَ وَارِثٌ كَبِيرٌ وَمُوصًى لَهُ بِالثُّلُثِ فِيهَا وَطَلَبَا القِسْمَةَ وَأَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَى المِيرَاثِ وَالوَصِيَّةِ: يَقْسِمُهُ) لِاجْتِمَاعِ الخَصْمَيْنِ الكَبِيرِ عَنْ المَيِّتِ وَالمُوصَى لَهُ عَنْ نَفْسِهِ، وَكَذَا الوَصِيُّ عَنْ الصَّبِيِّ كَأَنَّهُ حَضَرَ بِنَفْسِهِ بَعْدَ البُلُوغِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ.

فَصْلٌ فِيمَا يُقْسَمُ وَمَا لَا يُقْسَمُ

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِن الشُّرَكَاءِ يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِهِ: قَسَمَ بِطَلَبِ أَحَدِهِمْ) لِأَنَّ القِسْمَةَ حَقٌّ لَازِمٌ فِيمَا يَحْتَمِلُهَا عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِهِمْ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِن قَبْلُ (وَإِنْ كَانَ

دعوى على الميت، لا يجوز له نصب الوصي من حيث إنه دعوى على شركائه الغُيَّب، فلا يجوز له نصب الوصي بالشك، بخلاف دين الأجنبي؛ لأن هذا دعوى على الميت من كل وجه.

وللقاضي أن ينصب وصيًّا عن الميت، أما هاهنا بخلافه، وإذا لم يكن له نصب الوصي عن الميت هاهنا، وهذا الواحد لا يصلح خصمًا عن الميت، وعن سائر الشركاء؛ لأنه مُدَّعٍ، ولا يصلح مدعى عليه فتعذر قبول البينة.

قوله: (عن الصغير وَصِيًّا)، في الذخيرة: القاضي إنما ينتصب وَصِيًّا عن الصغير إذا كان حاضرًا، أما لو كان الصبي غائبًا فلا ينصب عنه وصيًّا، بخلاف الكبير الغائب على قول أبي يوسف، وبخلاف ما إذا وقع الدعوى على الميت، حيث ينصب وصيًّا عن الميت كما ذكرنا؛ لما أن الصغير [٢/ ٣٩٥/ ب] لو كان حاضرًا صحت الدعوى على الصبي، إلا أنه عجز عن الجواب، فيُنْصَبُ عنه خصمًا ليجيب عنه، أما إذا كان الصبي غائبًا لم تصِحَّ الدعوى عليه، ولم يتوجه الجواب عليه، ولم تقع الضرورة على نصب الوصي فلا يُنْصَب.

قوله: (وموصى له بالثلث فيها)، أي: في الدار؛ لأنه يصير شريكًا بمنزلة الوارث، فصار كأنه حضر وارثان.

فَصْلٌ فِيمَا يُقْسَمُ وَمَا لَا يُقْسَمُ

لما بيَّن القسمة وطالبها شرع في بيان محلها وتنويعها.

قوله: (على ما بيناه) إشارة إلى **قوله**: (إذا كانت من جنس واحد أجبر

يَنْتَفِعُ أَحَدُهُمْ وَيَسْتَضِرُّ بِهِ الآخَرُ لِقِلَّةِ نَصِيبِهِ، فَإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ الكَثِيرِ قَسَمَ، وَإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ القَلِيلِ: لَمْ يَقْسِمْ) لِأَنَّ الأَوَّلَ يَنْتَفِعُ بِهِ فَيُعْتَبَرُ طَلَبُهُ، وَالثَّانِي: مُتَعَنِّتٌ فِي طَلَبِهِ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ، وَذَكَرَ الجَصَّاصُ عَلَى قَلْبِ هَذَا، لِأَنَّ صَاحِبَ الكَثِيرِ يُرِيدُ الإِضْرَارَ بِغَيْرِهِ، وَالآخَرُ يَرْضَى بِضَرَرِ نَفْسِهِ، وَذَكَرَ الحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي «مُخْتَصَرِهِ»: أَنَّ أَيَّهمَا طَلَبَ القِسْمَةَ يَقْسِمُ القَاضِي، وَالوَجْهُ انْدَرَجَ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ وَالأَصَحُّ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ الأَوَّلُ (وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا يَسْتَضِرُّ لِصِغَرِهِ: لَمْ يَقْسِمْهَا إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا) لِأَنَّ الجَبْرَ عَلَى القِسْمَةِ لِتَكْمِيلِ المَنْفَعَةِ، وَفِي هَذَا تَفْوِيتُهَا، وَتَجُوزُ

القاضي على القسمة)، ولا خلاف فيه للعلماء.

قوله: (فإن طلب صاحب الكثير قسم)، أي: جبرًا، وبه قال الشافعي، وأحمد، ومالك في المشهور منه.

وفي رواية عن مالك: لا يجبر، واختاره ابن القاسم، وبه قال أبو ثور، وقال ابن أبي ليلى: لا يقسم، ولكن يباع ويقسم ثمنها، وكذلك إن كان سائر الشركاء لا ينتفعون بأنصبائهم إلا الطالب يقسمها جبرًا.

قوله: (وإن طلب صاحب القليل لم يقسم) أي: إذا كان صاحب القليل لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة لا يقسم، وبه قال الشافعي في الأصح.

قوله: (وذكر الخصاف) وفي بعض النسخ (وذكر الجصاص) مكان الخصاف وهو الأصح؛ لأنه موافق لرواية فتاوى قاضي خان وغيرها.

وفي الذخيرة: قول الخصاف ما هو المذكور أولًا.

قوله: (وذكر الحاكم)، وفي بعض النسخ: (الحاكم الشهيد).

قوله: (والأصح) إلى آخره؛ لأن رضاه بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شرعًا، وإنما الملزم طلبه من القاضي وإيصاله إلى منفعة ملكه، وذا لا يوجد عند طلب صاحب القليل، كذا في المبسوط(١)، والذخيرة.

قوله: (لم يقسمها إلا بتراضيهما) أي: بطلب أحدهما؛ لأن كل واحد

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٣).

بِتَرَاضِيهِمَا، لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمَا وَهُمَا أَعْرَفُ بِشَأْنِهِمَا.

أَمَّا القَاضِي فَيَعْتَمِدُ الظَّاهِرَ: قَالَ: (وَيَقْسِمُ العُرُوضَ إِذَا كَانَتْ مِن صِنْفٍ وَاحِدٍ) لِأَنَّ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ يَتَّحِدُ المَقْصُودُ، فَيَحْصُلُ التَّعْدِيلُ فِي القِسْمَةِ وَالتَّكْمِيلُ فِي المَنْفَعَةِ (وَلَا يَقْسِمُ الجِنْسَيْنِ بَعْضَهُمَا فِي بَعْضٍ) لِأَنَّهُ لَا اخْتِلَاطَ بَيْنَ الجِنْسَيْنِ فَلَا تَقَعُ القِسْمَةُ تَمْيِيزًا بَلْ تَقَعُ مُعَاوَضَةً، وَسَبِيلُهَا التَّرَاضِي دُونَ جَبْرِ القَاضِي (وَيَقْسِمُ كُلَّ مَكِيلٍ وَمَوْزُونٍ كَثِيرٍ أَوْ قَلِيلٍ، وَالمَعْدُودُ المُتَقَارِبُ، وَتِبْرُ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَالحَدِيدُ وَالنُّحَاسُ، وَالإِبِلُ بِانْفِرَادِهَا، وَالبَقَرُ وَالغَنَمُ. وَلَا يَقْسِمُ شَاةً وَبَعِيرًا

متعنت، وفيما يعتبر دخول الضرر بنقصان المنفعة عندنا، والشافعي في الأصح.

وعند مالك كون القسمة مبطلًا للصفة التي كان عليها، وقال الشافعي في قول: يعتبر ذلك، ونقصان القيمة.

قوله: (ويقسم العروض) أي: جبرًا، (إذا كانت من صنف واحد)، ولا يعلم فيه خلاف إلا عند ابن خيران[1] من أصحاب الشافعي، وأصحاب الظاهر، وأبي ثور.

قوله: (ولا يقسم في الجنسين) إلى آخره، وبه قال الشافعي، ومالك.

وفي المبسوط: عند اتحاد الجنس يجبر القاضي على القسمة إلا في الرقيق.

قوله: (والإبل) بالنصب، أي: يقسم القاضي المكيل والإبل وفي بعض النسخ (والآنك) وهو مناسب لما قبله والإبل لما بعده.

قوله: (ولا يقسم شاة وبعيراً) إلى آخره، أي: لا يقسم جبرًا في هذه الأشياء قسمة جمع بأن يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة، بل يقسم الشاة بينهما والبعير بينهما على ما يستحقون.

وفي الذخيرة: والحاصل أن القاضي لا يقسم الأجناس المختلفة من كل وجه قسمة جمع إذا أبى ذلك بعض الشركاء، وفي الجنس المتحد يقسم عند طلب البعض، وبه قال الفقهاء.

---

(١) في الأصل: (ابن حزم)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَبِرْذَوْنًا وَحِمَارًا، وَلَا يَقْسِمُ الأَوَانِيَ) لِأَنَّهَا بِاخْتِلَافِ الصَّنْعَةِ التَحَقَتْ بِالأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ (وَيَقْسِمُ الثِّيَابَ الهَرَوِيَّةَ) لِاتِّحَادِ الصِّنْفِ (وَلَا يَقْسِمُ ثَوْبًا وَاحِدًا) لِاشْتِمَالِ القِسْمَةِ عَلَى الضَّرَرِ، إذْ هِيَ لَا تَتَحَقَّقُ إلَّا بِالقَطْعِ (وَلَا ثَوْبَيْنِ إذَا اخْتَلَفَتْ قِيمَتُهُمَا)

وقال أبو ثور، وأصحاب الظاهر: يقسم في الأجناس المختلفة، ويُخرَجُ نَصِيبُ كُلٍّ بالقُرعَةِ في شخص من أشخاص المال، أو في نوع من أنواعه جبرًا استدلالًا بما روى البخاري عن علي بن الحكيم الأنصاري بإسناده إلى رافع بن خديج أنه ﷺ «قسم الغنيمة فعدل عشرة من الغنم ببعير واحد».

وقلنا: حديث غريب، فلا تترك لأجله عمومات النصوص في أن الجبر لا يجري في المبادلات، والقسمة بالسهم في الأجناس المختلفة مبادلة حقيقة، مع أن الحديث لا يكون حجة لاحتمال أن ذلك بطريق القيمة بالتراضي بقرينة لفظ «فعدل عشرة» الحديث مع أن حق الغانمين في المالية لا في العين، ولهذا للإمام بيعها وقسمة ثمنها.

قوله: (التحقت الأجناس المختلفة) كالإجانة، والقُمْقُم، والطِّسْتُ المتخذة من الصُّفْرِ مثلًا، وكذلك الأثواب المتخذة من القطن، أو الكَتَّان إذا اختلفت بالصفة كالقباء، والجبة، والقميص لا يقسم بعضها في بعض جبرًا.

وقوله: (وتقسم الثياب الهروية) احترازًا عن اختلاف الصنف؛ لأنه ذكر في المبسوط: ولا يقسم ثوبًا زِطِّيًا، وثوبًا هَرَوِيًّا، ووسادة، وبساطًا؛ لأنها في الأجناس مختلفة، والقسمة تكون بطريق المعاوضة، والجبر لا يجري في المعاوضات، فلا بد من التراضي.

(ولا يقسم ثوبًا واحدًا) أي: يطلب أحدهما جبرًا ويقسم بالتراضي.

وقيل: القاضي لا يفعل ذلك، ولكن لو اقتسما بأنفسهما لا يمنعها، إذ في القسمة إتلاف جزء، والقاضي بفعله يَحَصِّل ولا يتلف، كذا في المبسوط.

قوله: (ولا ثوبين إذا [٢/ ٣٩٦/أ] **اختلفت قيمتهما)** لأنه لا يمكن التعديل إلا بزيادة دراهم مع الأوكس، ولا يجوز إدخال الدراهم في القسمة جبرًا؛ لأن القسمة حق في الملك المشترك، والشركة بينهما في الثياب، فلو أدخل في القسمة الدراهم يقسم ما ليس بمشترك وهذا لا يصح.

لِمَا بَيَّنَّا، بِخِلَافِ ثَلَاثَةِ أَثْوَابٍ، إِذَا جُعِلَ ثَوْبٌ بِثَوْبَيْنِ، أَوْ ثَوْبٌ وَرُبْعُ ثَوْبٍ، بِثَوْبٍ وَثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ ثَوْبٍ، لِأَنَّهُ قِسْمَةُ البَعْضِ دُونَ البَعْضِ وَذَلِكَ جَائِزٌ.

(وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَقْسِمُ الرَّقِيقَ وَالجَوَاهِرَ) لِتَفَاوُتِهِمَا (وَقَالَا: يَقْسِمُ الرَّقِيقَ)(*) لِاتِّحَادِ الجِنْسِ كَمَا فِي الإِبِلِ وَالغَنَمِ وَرَقِيقِ المَغْنَمِ، وَلَهُ: أَنَّ التَّفَاوُتَ فِي الآدَمِيِّ فَاحِشٌ، لِتَفَاوُتِ المَعَانِي البَاطِنَةِ، فَصَارَ كَالجِنْسِ المُخْتَلِفِ بِخِلَافِ الحَيَوَانَاتِ، لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهَا يَقِلُّ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الذَّكَرَ وَالأُنْثَى

وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله: (بل تقع معاوضة، وسبيلها التراضي)[1]، بخلاف ثلاثة أثواب بأن تكون قيمة أحد الأثواب دينارًا، وقيمة الآخر دينارًا وربع دينار أو ثلاثة أرباع دينار، وقيمة الثالث دينار، ويأخذ أحدهما ثوبًا قيمته دينار وربع دينار، والآخر ثوبًا قيمته دينار وثلاثة أرباع دينار، فيبقى الثوب الآخر قيمته دينار مشتركًا بينهما، ربعه للذي أخذ الثوب الذي قيمته دينار وثلاثة أرباع دينار، وثلاثة أرباعه للآخر، وهذا لا يصير قسمة [بعض][2] المشترك دون البعض؛ لأن كل واحد منهما منفرد بثوب، وتبقى الشركة في ثوب.

وفي النهاية: والأصح أن يقال إن استوت القيمة كان نصيب كل واحد ثوبًا ونصفًا؛ فيقسم الثوبين بينهما، ويدع الثالث مشتركًا وكذا لو استقام أن يجعل نصيب أحدهما ثوبًا وثلثي الآخر كما ذكرنا.

وقوله: (ثلاثة أرباع) بالجر بالعطف على بثوب.

قوله: (وقالا) أي: أبو يوسف، ومحمد (يقسم الرقيق) أي: قسمة جبر، وبه قالت الأئمة الثلاثة، (لاتحاد الجنس)، وإنما التفاوت في القيمة، وذا لا يمنع صحة القسمة (كما في الإبل والغنم)، ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة كسائر الأموال، وكذا بين الشركاء ولهذا أن الرقيق كسائر الحيوانات في العقود حتى يثبت في الذمة مهرًا ولا يثبت سَلَمًا.

(وله) أي: لأبي حنيفة رحمه الله أن التفاوت في الآدمي فاحش باختلاف

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر المتن ص ٧٥١.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

مِن بَنِي آدَمَ جِنْسَانِ، وَمِن الحَيَوَانَاتِ جِنْسٌ وَاحِدٌ، بِخِلَافِ المَغَانِمِ، لِأَنَّ حَقَّ

الأغراض والمقاصد والمعاني الباطنة، كالذهن، والكياسة، والأمانة، والفروسية، والكتابة، كما قال الشاعر:

وواحد يَعدِل ألفًا زائدًا وكم أُلوفٍ لا تساوي واحدًا

فيتعذر اعتبار المعادلة في القسمة، فيلحق بالأجناس المختلفة، ولهذا يجعل الذكر والأنثى من بني آدم جنسين، حتى لو اشترى شخصًا على أنه عبد فإذا هو جارية، لا ينعقد العقد. ولو اشترى غنمًا أو إبلًا على أنه ذكر فإذا هو أنثى ينعقد العقد.

ولو اشترى المُضارِب بألف المضاربة عبدين كل واحد يساوي ألفًا، إن عتق المضارب لا ينفذ، ولو كان تحت القسمة جمعًا لصار الربع [من](1) كل عبد للمُضارِب، فينبغي أن ينفذ عتقه، كما إذا اشترى [عبدًا](2) قيمته ألفان، وكذا لا تلزمه الزكاة في نصيبه، ولو اعتُبِرَ جنسًا واحدًا لوجب كما اذا اشترى أغنامًا تساوي ألفين فإن الزكاة تلزمه في نصيبه، فحيث قالوا: لا يملك شيئًا من العبدين، تَبيَّن أن كلَّ عبدٍ على حِدَتِه كأن ليس معه غيره في حق إثبات الشركة بينهما، وعند ذلك لا يفضل شيء من العبيد عن رأس المال، فلم يثبت له ملك، فكانت هذه المسألة ناقضة لما قالا، كذا في الأسرار، والمبسوط.

وأما الجواب عن كون العبد يصلح مهرًا: أن الجهالة فاحشة كجهالة الجنس، فيوجب اختلاف الجنس؛ لأن الجهالة الفاحشة غير مانعة لأصل التسمية في النكاح، إذ الجهالة الفاحشة موجودة بين أنواع مهر المثل، فلما لم يفسد النكاح باعتبار تلك الجهالة لم يفسد بما دونه.

قوله: (بخلاف المغانم) [فإن قسمة الغنائم](3) تجري في الأجناس المختلفة؛ لأن حق الغانمين في المالية، حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها.

(أما هاهنا) أي: في شركة الملك، فحق الشركاء في العين والمالية، فإذا

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الغَانِمِينَ فِي المَالِيَّةِ حَتَّى كَانَ لِلْإِمَامِ بَيْعُهَا وَقِسْمَةُ ثَمَنِهَا، وَهُنَا يَتَعَلَّقُ بِالعَيْنِ وَالمَالِيَّةِ جَمِيعًا فَافْتَرَقَا، وَأَمَّا الجَوَاهِرُ فَقَدْ قِيلَ: إِذَا اخْتَلَفَ الجِنْسُ لَا يَقْسِمُ كَاللَّآلِئِ وَاليَوَاقِيتِ، وَقِيلَ: لَا يَقْسِمُ الكِبَارَ مِنهَا لِكَثْرَةِ التَّفَاوُتِ، وَيَقْسِمُ الصِّغَارَ لِقِلَّةِ التَّفَاوُتِ.

وَقِيلَ: يَجْرِي الجَوَابُ عَلَى إِطْلَاقِهِ، لِأَنَّ جَهَالَةَ الجَوَاهِرِ أَفْحَشُ مِن جَهَالَةِ الرَّقِيقِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَ عَلَى لُؤْلُؤَةٍ، أَوْ يَاقُوتَةٍ، أَوْ خَالَعَ عَلَيْهَا: لَا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ، وَيَصِحُّ ذَلِكَ عَلَى عَبْدٍ، فَأَوْلَى أَنْ لَا يُجْبَرَ عَلَى القِسْمَةِ.

قَالَ: (وَلَا يُقْسَمُ حَمَّامٌ وَلَا بِئْرٌ، وَلَا رَحًى إِلَّا بِتَرَاضِي الشُّرَكَاءِ، ....

تعذر اعتبار المعادلة هاهنا بطريق التمييز لا يثبت للقاضي ولاية الجبر على القسمة.

وفي الذخيرة، والمبسوط: والحاصل: أن عنده لا يجوز الإجبار على قسمة الرقيق إلا أن يكون مع الرقيق شيء آخر هو محل للقسمة كالغنم والثياب، فيقسم القاضي الكل قسمة جمع(١).

وكان أبو بكر الرازي يقول: تأويل هذه المسألة أنه يقسم ذلك برضاهم، فأما مع كراهية بعضهم لا يقسم؛ لأنه إذا كان عند اتحاد الجنس في الرقيق لا يقسم جبرًا عنده فعند الاختلاف أولى.

والأظهر أن قسمة الجبر تجري هاهنا عنده باعتبار أن الجنس الآخر الذي هو مع الرقيق يجعل أصلًا في القسمة، وحكم القسمة جبرًا يثبت فيه؛ فيثبت في الرقيق أيضًا تبعًا، وقد يثبت الحكم تبعًا وإن كان لا يجوز إثباته(٢) قصدًا كالشرب، والطريق في البيع، والمنقولات في الوقف.

قوله: (فأولى أن لا يجبر على القسمة) وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (ولا يقسم حمّام) إلى آخره وبه قالت الأئمة الثلاثة، إلا أن الشافعي شرط أن الحمّام يكون صغيرًا بحيث لا يمكن الانتفاع به [٢/٣٩٦/ب] بعد

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/ ١٧٣).

(٢) في الأصل: (بيانه)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَكَذَا الحَائِطُ بَيْنَ الدَّارَيْنِ) لِأَنَّهَا تَشْتَمِلُ عَلَى الضَّرَرِ فِي الطَّرَفَيْنِ، إِذْ لَا يَبْقَى كُلُّ نَصِيبٍ مُنْتَفَعًا بِهِ انْتِفَاعًا مَقْصُودًا، فَلَا يَقْسِمُ القَاضِي بِخِلَافِ التَّرَاضِي لِمَا بَيَّنَّا. قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ دُورٌ مُشْتَرَكَةً فِي مِصْرٍ وَاحِدٍ، قَسَمَ كُلَّ دَارٍ عَلَى حِدَتِهَا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِنْ كَانَ الأَصْلَحُ لَهُمْ قِسْمَةَ بَعْضِهَا فِي بَعْضٍ قَسَمَهَا)(*) وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ: الأَقْرِحَةُ المُتَفَرِّقَةُ المُشْتَرَكَةُ، لَهُمَا: أَنَّهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ اسْمًا وَصُورَةً، وَنَظَرًا إِلَى أَصْلِ السُّكْنَى، أَجْنَاسٌ مَعْنًى نَظَرًا إِلَى اخْتِلَافِ المَقَاصِدِ، وَوُجُوهِ

القسمة، فأما إذا كان كبيرًا يمكن الانتفاع به بعد القسمة يقسم جبرًا، وبه قال مالك.

قوله: (وكذا الحائط) أي: لا يقسم جبرًا، وقال الشافعي: إن أراد أحدهما قسمته في نصف الطول وكمال العرض فيه وجهان: **أحدهما**: يجبر الآبي، **والأصح**: أنه لا يجبر وإن أراد أحدهما قسمته عرضًا في كمال الطول وللحائط عرضه، في الأصح يجبر، وقيل: لا يجبر، كذا في الحلية.

قوله: (قسم كل دار على حدة) أي: لا يجمع نصيب أحدهم في دار واحدة إلا بالتراضي عند أبي حنيفة، وبه قال الشافعي، وأحمد، وحكى عن مالك أنه قال: إن كانت متجاورة جازت قسمة الجمع كما قالا، وإن كانت متفرقة لا يجوز كما قال أبو حنيفة.

قوله: (وعلى هذا الخلاف الأقرحة) فعنده: لا تقسم قسمة جمع، وعندهما: تقسم.

ولأصحاب الشافعي خلاف، فقال أبو إسحاق الشيرازي: إن كانت متجاورة جاز قسمة الجمع.

وقال غيره من أصحابه: يجعل كالقراح الواحد إذا كان شربها واحدًا، فأما إذا كان شربها وطريقها مختلفًا فهو كالأقرحة لا يقسم قسمة جمع جبرًا.

وفي الحلية: وهذا أشبه.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

السُّكْنَى، فَيُفَوَّضُ التَّرْجِيحُ إِلَى القَاضِي، وَلَهُ: أَنَّ الِاعْتِبَارَ لِلْمَعْنَى وَهُوَ المَقْصُودُ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ البُلْدَانِ وَالمَحَالِّ وَالجِيرَانِ وَالقُرْبِ إِلَى المَسْجِدِ وَالمَاءِ اخْتِلَافًا فَاحِشًا، فَلَا يُمْكِنُ التَّعْدِيلُ فِي القِسْمَةِ، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِشِرَاءِ دَارٍ، وَكَذَا لَوْ تَزَوَّجَ عَلَى دَارٍ لَا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ كَمَا هُوَ الحُكْمُ فِيهِمَا فِي الثَّوْبِ بِخِلَافِ الدَّارِ الوَاحِدَةِ إِذَا اخْتَلَفَتْ بُيُوتُهَا، لِأَنَّ فِي قِسْمَةِ كُلِّ بَيْتٍ عَلَى حِدَةٍ ضَرَرًا، فَقُسِمَتْ الدَّارُ قِسْمَةً وَاحِدَةً. قَالَ ﷺ: تَقْيِيدُ الوَضْعِ فِي الكِتَابِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الدَّارَيْنِ إِذَا كَانَتَا فِي مِصْرَيْنِ لَا تَجْتَمِعَانِ فِي القِسْمَةِ عِنْدَهُمَا، وَهُوَ رِوَايَةُ هِلَالٍ عَنْهُمَا، وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ يُقْسَمُ إِحْدَاهُمَا فِي الأُخْرَى، وَالبُيُوتُ فِي مَحِلَّةٍ، أَوْ مَحَالٌّ تُقْسَمُ قِسْمَةً

وفي المُغرِب: القَرَاحُ من الأرض كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا شائب سبخ، وقد يجمع على أقرحة كمكان وأمكنة وزمان وأزمنة.

قوله: (فَيُفَوَّضُ الترجيح إلى القاضي) أي: الرأي في ذلك له، فإن رأى أن يقسم كل دار قَسَم، وإن رأى الجمع فَعَل، كذا في الفتاوى الظهيرية.

وفي المبسوط: وفيه ثلاثة فصول عنده: الدور، والبيوت، والمنازل.

فالدور لا تقسم عنده متلازقة أولًا، والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متفرقة أو مجتمعة في مكان؛ لأنها متقارب في معنى السكنى.

فالبيت سقف واحد له دهليز، فلا يتفاوت في المنفعة عادة، ألا ترى أنها تؤجر بأجرة واحدة في كل محلة، فتقسم قسمة واحدة.

والمنازل إن كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقًا بعضها ببعض تقسم قسمة واحدة، وإن كانت متفرقة يقسم كل منزل على حدة، سواء كانت في محال أو في دار واحدة بعضها في أقصاها وبعضها في أدناها؛ لأن المنزل فوق البيت دون الدار، فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى، ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور، فشابَهَت البيوتَ والدورَ(١).

ولشبهها بالبيوت قلنا: إذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة؛ لأن التفاوت

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/١٨).

وَاحِدَةً، لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيمَا بَيْنَهَا يَسِيرٌ، وَالمَنَازِلُ المُتَلَازِقَةُ كَالبُيُوتِ وَالمُتَبَايِنَةُ كَالدُّورِ، لِأَنَّهُ بَيْنَ الدَّارِ وَالبَيْتِ عَلَى مَا مَرَّ مِن قَبْلُ فَأَخَذَ شَبِيهًا مِن كُلِّ وَاحِدٍ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَتْ دَارًا وَضِيعَة، أَوْ دَارًا وَحَانُوتًا قُسِمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا عَلَى حِدَةٍ) لِاخْتِلَافِ الجِنْسِ. قَالَ ﷺ: جَعَلَ الدَّارَ وَالحَانُوتَ جِنْسَيْنِ، وَكَذَا ذَكَرَ الخَصَّافُ، وَقَالَ فِي إِجَارَاتِ الأَصْلِ: إِنَّ إِجَارَةَ مَنَافِعِ الدَّارِ بِالحَانُوتِ لَا تَجُوزُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمَا جِنْسٌ وَاحِدٌ، فَيُجْعَلُ فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ، أَوْ تُبْنَى حُرْمَةُ الرِّبَا هُنَالِكَ عَلَى شُبْهَةِ المُجَانَسَةِ.

فيها يقل في مكان واحد، ولشبهها بالدور قلنا: إذا كانت في أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة.

وهما في الفصول كلها يقولان: ينظر القاضي إلى أعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك، فقوله (على ما مر) أي: في البيوع في الحقوق.

قوله: (إجارة منافع الدار بالحانوت) أي: بمنافع الحانوت، أما لو جعل نفس الحانوت أجرة لمنافع الدار يجوز، وإنما لا يجوز جعل منافع الحانوت أجرة لمنافع [الدار][١].

(أو تبنى حرمة الربا هنالك) أي: في إجارات الأصل على شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما، وهو السكنى.

وفي الكافي: هكذا ذكر في الهداية، وهو مشكل؛ لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة، والشبهة هي المعتبر دون النازل عنها.

وقد قال شمس الأئمة الحلواني: إما أن يكون في المسألة روايتان، أو يكون من مشكلات هذا الكتاب.

وقيل في جوابه: لا بل اعتبر الشبهة؛ لأن السكنى جنس واحد، فيكون كإجارة السكنى بالسكنى، وهي شبهةٌ لا شبهةُ شبهةٍ، وفيه ضعف كما ترى.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ الْقِسْمَةِ

قَالَ: (وَيَنْبَغِي لِلْقَاسِمِ أَنْ يُصَوِّرَ مَا يَقْسِمُهُ) لِيُمْكِنَهُ حِفْظُهُ (وَيَعْدِلَهُ) يَعْنِي يُسَوِّيَهُ عَلَى سِهَامِ الْقِسْمَةِ، وَيُرْوَى يَعْزِلَهُ: أَيْ يَقْطَعَهُ بِالْقِسْمَةِ عَنْ غَيْرِهِ (وَيَذْرَعَهُ) لِيَعْرِفَ قَدْرَهُ (وَيُقَوِّمَ الْبِنَاءَ) لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ فِي الْآخِرَةِ (وَيَفْرِزَ كُلَّ نَصِيبٍ عَنِ الْبَاقِي بِطَرِيقِهِ وَشُرْبِهِ، حَتَّى لَا يَكُونَ لِنَصِيبِ بَعْضِهِمْ بِنَصِيبِ الْآخَرِ تَعَلُّقٌ) فَتَنْقَطِعَ الْمُنَازَعَةُ، وَيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الْقِسْمَةِ عَلَى التَّمَامِ (ثُمَّ يُلَقِّبُ نَصِيبًا بِالْأَوَّلِ، وَالَّذِي يَلِيهِ بِالثَّانِي، وَالثَّالِثُ عَلَى هَذَا، ثُمَّ يُخْرِجُ الْقُرْعَةَ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ أَوَّلًا فَلَهُ السَّهْمُ الْأَوَّلُ، وَمَنْ خَرَجَ ثَانِيًا فَلَهُ السَّهْمُ الثَّانِي) وَالْأَصْلُ: أَنْ يَنْظُرَ فِي ذَلِكَ إِلَى أَقَلِّ الْأَنْصِبَاءِ، حَتَّى إِذَا كَانَ الْأَقَلُّ ثُلُثًا جَعَلَهَا أَثْلَاثًا، وَإِنْ كَانَ سُدُسًا جَعَلَهَا أَسْدَاسًا لِتَمَكُّنِ الْقِسْمَةِ، وَقَدْ شَرَحْنَاهُ مُشَبَّعًا فِي «كِفَايَةِ الْمُنْتَهِي» بِتَوْفِيقِ اللَّهِ تَعَالَى. وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: وَيَفْرِزَ

فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ الْقِسْمَةِ

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة؛ لأن الكيفية صفة فيتبع جواز الأصل.

قوله: (وينبغي للقاسم أن يُصَوِّرَ ما يقسمه) أي: على قرطاس؛ ليمكنه حفظه ويرفعه إلى القاضي، حتى يتولى الإقراع بينهم بنفسه إن لم يأمره بالإقراع.

قوله: (فمن خرج اسمه) وفي بعض النسخ (سهمه) وكلاهما واحد.

قوله: (وقد شرحناه في كفاية المنتهي) وفي الذخيرة: وشرح ذلك أرض بين جماعة مشتركة، لأحدهم عشرة أسهم، ولآخر خمسة، فأراد قسمتها على قدر سهامهم، يجعل الأرض على قدر سهامهم بعد أن سويت وعدلت، ثم يجعل بنادق ويقرع ببينهم، فأول بندقة تخرج توضع على طرف من أطراف السهام، وهو أول السهام ينظر إلى البندقة لمن هي؟ فإن كانت لصاحب العشرة أعطاه ذلك السهم وتسعة أسهم متصلة بالسهم الذي وضعت البندقة عليه، ليكون [٢/٣٩٧/أ] سهام صاحبها على الاتصال، ثم يقرع بين البقية كذلك.

فأول بندقة تخرج توضع على طرف من أطراف البقية الباقية، ثم ينظر إلى البندقة لمن هي، فإن كانت لصاحب الخمسة أعطاه القاضي ذلك السهم وأربعة

كُلَّ نَصِيبٍ بِطَرِيقِهِ وَشُرْبِهِ بَيَانُ الأَفْضَلِ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ، أَوْ لَمْ يُمْكِنْ جَازَ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ بِتَفْصِيلِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَالقُرْعَةُ لِتَطْيِيبِ القُلُوبِ وَإِزَاحَةِ تُهْمَةِ المِيلِ، حَتَّى لَوْ عَيَّنَ لِكُلٍّ مِنهُمْ نَصِيبًا مِن

متصلة بذلك السهم، ويبقى السهم الواحد لصاحبه.

وتفسير البندقة: أن يكتب القاضي أسماء الشركاء في بطاقات، ثم يطوي كل بطاقة بعينها ويجعلها في قطعة من طين، ويدلكها بين كَفَّيْهِ حتى تصير مستديرة فتكون شبه البندقة التي يرمي بها، وهكذا في الفوائد الظهيرية، وفتاوى قاضي خان، ولا خلاف للأئمة الثلاثة.

قوله: (والقرعة لتطييب القلوب) إلى آخره، وفي المبسوط: استعمال القرعة حرام في القياس؛ لأن في الإقراع تعليق الاستحقاق بخروج القرعة، وهو حرام؛ لأنه في معنى القمار، والاستقسام بالأزلام الذي كان يعتاده أهل الجاهلية، ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمال القرعة في دعوى النسب، ودعوى العتق.

ولكنا تركنا القياس استحسانا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله ﷺ، ولأن هذا ليس في معنى القمار ففي القمار أصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه[١].

وهاهنا أصل الاستحقاق لا يتعلق بخروجها؛ لأن القاسم لو قال: أنا عَدَلْتُ فخُذْ أنتَ هذا الجانِبَ، وأنت هذا الجانب كان مستقيمًا، إلا أنه ربما يُتَّهمُ في ذلك؛ فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء، ونفي تهمة المثل عن نفسه، ذلك جائز كما فعل يونس عليه السلام في مثل هذا مع أصحاب السفينة لما علم أنه هو المقصود.

ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما ينسب إلى ما لا يليق بالأنبياء، فاستعملها كذلك، وكذا زكريا عليه السلام استعمل القرعة في ضم مريم -عليها السلام- مع أنه أحق بها لمكان خالتها عنده.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٥/ ٧).

غَيْرِ إِقْرَاعٍ جَازَ، لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْقَضَاءِ فَيَمْلِكُ الْإِلْزَامَ. قَالَ: (وَلَا يَدْخُلُ فِي الْقِسْمَةِ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمْ)، لِأَنَّهُ لَا شَرِكَةَ فِي الدَّرَاهِمِ، وَالْقِسْمَةُ مِن حُقُوقِ الِاشْتِرَاكِ، وَلِأَنَّهُ يَفُوتُ بِهِ التَّعْدِيلُ فِي الْقِسْمَةِ، لِأَنَّ أَحَدَهُمَا يَصِلُ إِلَى عَيْنِ الْعَقَارِ، وَدَرَاهِمُ الْآخَرِ فِي ذِمَّتِهِ، وَلَعَلَّهَا لَا تُسَلَّمُ لَهُ (وَإِذَا كَانَ أَرْضٌ وَبِنَاءٌ؛ فَعَنْ أَبِي

وكان رسول الله ﷺ يقرع بين نسائه إذا أراد السفر تطييبًا لقلوبهن(١).

ثم لبعض الشركاء لا يجوز الإباء بعد خروج بعض السهام، كما لا يلتفت القاضي إلى إبائه قبل خروج القرعة، وإن كان القاسم قسم بالتراضي، فرجع بعضهم بعد خروج القرعة كان له ذلك، وبه قال الشافعي في قول، وقال في قول: لا؛ لأن القسمة بالتراضي لا تتم إلا بالرضى والرجوع قبل التمام، كالرجوع عن الإيجاب قبل قبول المشتري، وإذا خرج جميع السهام إلا واحدًا فقد تمت القسمة لتعين نصيب ذلك الواحد، وبعد ذلك لا يعتبر الرجوع(٢).

قوله: (ولا يدخل في القسمة الدراهم) أي: الدراهم التي ليست في التركة؛ لجبر النقصان الذي في بعض الأنصباء، بل يجبر النقصان بشيء من التركة.

صورته: دار بين جماعة فأرادوا قسمتها، وفي أحد الجانبين فضل بناء، فأراد أحد الشركاء أن يكون عوض البناء دراهم، وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض، فإنه يجعل عوض البناء من الأرض [لا](٣) من الدراهم، إلا إذا تعذر فحينئذ للقاضي ذلك، كما ذكر في الكتاب.

وإذا كان بالتراضي جاز ذلك، وبه قال الشافعي، وأحمد. وقال مالك: إن كان الرد فيها قليلًا جاز، وإن كان كثيرًا بطلت القسمة. وإنما قلنا هكذا؛ لأنه ذكر قبل هذا: ولا يقسم الجنسين.

قوله: (ودراهم الآخر في ذمته) أي: وقت القسمة وربما يتوى(٤) ذلك عليه، ولا تسلم له فيفوت التقابل(٥).

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٥٩ رقم ٢٥٩٣)، ومسلم (٤/ ٢١٢٩ رقم ٢٧٧٠) من حديث عائشة رضي الله عنها.
(٢) المبسوط للسرخسي (١٥/ ٧).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) في الأصل: (يقوى)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٥) في النسخة الثانية، والثالثة: (فيفوت التعديل).

يُوسُفَ: أَنَّهُ يَقْسِمُ كُلَّ ذَلِكَ عَلَى اعْتِبَارِ القِيمَةِ) لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ المُعَادَلَةِ إِلَّا بِالتَّقْوِيمِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يَقْسِمُ الأَرْضَ بِالمَسَّاحَةِ، لِأَنَّهُ هُوَ الأَصْلُ فِي المَمْسُوحَاتِ، ثُمَّ يَرُدُّ مَنْ وَقَعَ البِنَاءُ فِي نَصِيبِهِ، أَوْ مَنْ كَانَ نَصِيبُهُ أَجْوَدَ دَرَاهِمَ عَلَى الآخَرِ حَتَّى يُسَاوِيَهُ، فَتَدْخُلُ الدَّرَاهِمُ فِي القِسْمَةِ ضَرُورَةً كَالأَخِ لَا وِلَايَةَ لَهُ فِي المَالِ، ثُمَّ يَمْلِكُ تَسْمِيَةَ الصَّدَاقِ ضَرُورَةَ التَّزْوِيجِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ يَرُدُّ عَلَى شَرِيكِهِ بِمُقَابَلَةِ البِنَاءِ مَا يُسَاوِيهِ مِن العَرْصَةِ، وَإِذَا بَقِيَ فَضْلٌ وَلَمْ يُمْكِنْ تَحْقِيقُ التَّسْوِيَةِ بِأَنْ كَانَ لَا تَفِي العَرْصَةُ بِقِيمَةِ البِنَاءِ فَحِينَئِذٍ يُرَدُّ لِلْفَضْلِ دَرَاهِمُ، لِأَنَّ الضَّرُورَةَ فِي هَذَا القَدْرِ فَلَا يُتْرَكُ الأَصْلُ إِلَّا بِهَا.

وَهَذَا يُوَافِقُ رِوَايَةَ الأَصْلِ. قَالَ: (فَإِنْ قَسَمَ بَيْنَهُمْ وَلِأَحَدِهِمْ مَسِيلٌ فِي نَصِيبِ الآخَرِ، أَوْ طَرِيقٌ لَمْ يُشْتَرَطْ فِي القِسْمَةِ، فَإِنْ أَمْكَنَ صَرْفُ الطَّرِيقِ وَالمَسِيلِ عَنْهُ، لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَطْرِقَ وَيُسَيِّلَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ)، لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَحْقِيقُ مَعْنَى القِسْمَةِ مِن غَيْرِ ضَرَرٍ (وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ: فُسِخَتْ القِسْمَةُ) لِأَنَّ القِسْمَةَ مُخْتَلَّةٌ لِبَقَاءِ الِاخْتِلَاطِ، فَتُسْتَأْنَفُ، بِخِلَافِ البَيْعِ حَيْثُ لَا يَفْسُدُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنهُ تَمَلُّكُ العَيْنِ، وَأَنَّهُ يُجَامِعُ تَعَذُّرَ الِانْتِفَاعِ فِي الحَالِ، أَمَّا القِسْمَةُ لِتَكْمِيلِ المَنْفَعَةِ وَلَا يَتِمُّ ذَلِكَ إِلَّا بِالطَّرِيقِ، وَلَوْ ذَكَرَ الحُقُوقَ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ كَذَلِكَ الجَوَابُ، لِأَنَّ مَعْنَى

قوله: (وعن أبي حنيفة أنه) أي: القاسم، وبه قال الشافعي، وأحمد، وقد ذكرنا قول مالك.

قوله: (لأن المقصود منه) أي: من البيع تملك، وأنه يجمع مع تعذر الانتفاع حالًا كبيع الجحش.

قوله: (ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول) أي: فيما إذا أمكن صرف الطريق (كذلك الجواب) يعني يستحقها بذكر الحقوق إذا لم يمكنه صرف الطريق في نصيبه، أما إذا أمكن فلا يستحق بذكر الحقوق.

والمراد بذكر الحقوق أي: مطلقًا بأن قال هذه لك بحقوقه، أما لو قال: هذه لك بطريقه، وشربه، وسبيل مائه، فإنه تثبت هذه الحقوق؛ لأنها أُثبِتَتْ بأبلغ

الْقِسْمَةِ الْإِفْرَازُ وَالتَّمْيِيزُ، وَتَمَامُ ذَلِكَ بِأَنْ لَا يَبْقَى لِكُلِّ وَاحِدٍ تَعَلُّقٌ بِنَصِيبِ الْآخَرِ، وَقَدْ أَمْكَنَ تَحْقِيقُهُ بِصَرْفِ الطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ إِلَى غَيْرِهِ مِن غَيْرِ ضَرَرٍ فَيُصَارَ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ إِذَا ذُكِرَ فِيهِ الْحُقُوقُ، حَيْثُ يَدْخُلُ فِيهِ مَا كَانَ لَهُ مِن الطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ،

وجوه الإثبات، كذا في مبسوط قاضي أبي زيد.

وحاصله: أنه إن أمكن صرف الطريق والمسيل فلا يخلو إما أن ذكر الحقوق أو لا، فإن لم يذكر لا تدخل الحقوق [لأنها أثبتت][1] ولا تفسخ القسمة، وإن لم يذكر الحقوق لا تدخل الحقوق وتفسخ القسمة.

وصورته: دار بين رجلين وفيها صُفَّة فيها بيت، وباب البيت في الصُّفَّة، ومسيل ماء البيت على سطح الصُّفَّة، فاقتسما فأصاب الصُّفَّة أحدهما وقطعة من الساحة، ولم يذكرا طريقًا ولا مسيل ماء، وصاحب البيت [٢/ ٣٩٧/ ب] تعذر أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة، ويسيل ماؤه في ذلك.

فإن أراد أن يمر في الصفة على حاله، ويسيل ماؤه على ما كان فليس له ذلك، سواء شرط كل واحد أن له ما أصابه بكل حق له أو لا، بخلاف البيع فإنه لو باع البيت وذكر في البيع الحقوق والمرافق دخل الطريق والمسيل، وإن لم يذكر الحقوق لم يدخلا.

والفرق أن المقصود في البيع إيجاب الملك، وقصد المشتري أن يتمكن من الانتفاع، وذلك إنما يتم بالطريق والمسيل، إلا أن ذلك خارج عن المحدود، فلا يدخل في البيع بمطلق تسمية البيت إلا بذكر الحقوق والمرافق.

فأما المقصود من القسمة فتمييز أحد الملكين من الآخر، وأن يختص كل واحد منهما بالانتفاع بنصيبه على وجه لا يشاركه الآخر فيه، وإنما يتم هذا المقصود إذا لم يدخل الطريق والمسيل ليتميز نصيب أحدهما من الآخر من كل وجه، فلهذا لا يدخلان في القسمة، ولو لم يكن له مفتح للطريق ولا مسيل ماء.

فإن كانا ذكرا في القسمة أن لكل واحد منهما ما أصابه بكل حق هو له جازت القسمة، وكان طريقه في الصفة ومسيل مائه على سطحه، كما كان قبل

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَحْقِيقُ مَعْنَى الْبَيْعِ وَهُوَ التَّمْلِيكُ مَعَ بَقَاءِ هَذَا التَّعَلُّقِ بِمِلْكِ غَيْرِهِ، وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي: يَدْخُلُ فِيهَا لِأَنَّ الْقِسْمَةَ لِتَكْمِيلِ الْمَنْفَعَةِ، وَذَلِكَ بِالطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ فَيَدْخُلَ عِنْدَ التَّنْصِيصِ بِاعْتِبَارِهِ، وَفِيهَا مَعْنَى الْإِفْرَازِ، وَذَلِكَ بِانْقِطَاعِ التَّعَلُّقِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، فَبِاعْتِبَارِهِ ....

القسمة وإن لم يذكر الحقوق والمرافق فالقسمة فاسدة، بخلاف البيع فإنه يكون صحيحًا وإن لم يذكر الحقوق والمرافق؛ لأن المقصود من البيع ملك العين، وهذا المقصود يتم للمشتري وإن تعذر عليه الانتفاع لعدم الطريق والمسيل، كمن اشترى نهرًا صغيرًا، أو جحشًا، أو أرضًا سبخة، فإنه يجوز وإن كان لا ينتفع المشتري.

فأما القسمة فالمقصود منها إيصال كلٍّ إلى الانتفاع بنصيبه، فإذا لم يكن مفتح إلى الطريق ولا مسيل ماء فهذه القسمة وقعت على الضرر؛ فلا يجوز إلا أن يذكر الحقوق والمرافق، فيستدل به على أنهما قصدا إدخال الطريق والمسيل لتصحيح القسمة لعلمهما أن القسمة لا تصح بدونهما في هذا الموضع، كذا في المبسوط.

قوله: (**وفي الوجه الثاني**) وهو ما إذا لم يكن صرف الطريق.

قوله: (**باعتباره**) أي: باعتبار التكميل (**وفيها**) أي: في القسمة.

(**فباعتباره**) أي: باعتبار الإقرار، كما لا يدخل الطريق الذي في نصيب الآخر من غير تنصيص بذكر الحقوق؛ لرعاية جانب تكميل المنفعة، بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص؛ لأن المقصود فيها الانتفاع، ألا ترى أنه لو استأجر جحشًا أو أرضًا سبخة للزراعة لا يجوز؛ لفوات ما هو المقصود وهو المنفعة.

فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن يدخل الطريق والمسيل وإن لم يذكر الحقوق لتصحيح القسمة، كما لو استأجر أرضًا يدخل الشرب والطريق بدون ذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة.

قلنا: هناك موضع الشرب، والطريق ليس مما تتناوله الإجارة، ولكنه وسيلة إلى الانتفاع بالمُستَأجَرِ، والأجر إنما يجب إذا تمكن المُستَأجِر من الانتفاع،

لَا يَدْخُلُ مِن غَيْرِ تَنْصِيصٍ، بِخِلَافِ الإِجَارَةِ حَيْثُ يَدْخُلُ فِيهَا بِدُونِ التَّنْصِيصِ، لِأَنَّ كُلَّ المَقْصُودِ الِانْتِفَاعُ، وَذَلِكَ لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِإِدْخَالِ الشِّرْبِ وَالطَّرِيقِ، فَيَدْخُلُ مِن غَيْرِ ذِكْرٍ (وَلَو اخْتَلَفُوا فِي رَفْعِ الطَّرِيقِ بَيْنَهُمْ فِي القِسْمَةِ، إِنْ كَانَ يَسْتَقِيمُ لِكُلِّ وَاحِدٍ طَرِيقٌ يَفْتَحُهُ فِي نَصِيبِهِ، قَسَمَ الحَاكِمُ مِن غَيْرِ طَرِيقٍ يُرْفَعُ لِجَمَاعَتِهِمْ) لِتَحَقُّقِ الإِفْرَازِ بِالكُلِّيَّةِ دُونَهُ.

(وَإِنْ كَانَ لَا يَسْتَقِيمُ ذَلِكَ رَفَعَ طَرِيقًا بَيْنَ جَمَاعَتِهِمْ) لِيَتَحَقَّقَ تَكْمِيلُ المَنْفَعَةِ فِيمَا وَرَاءَ الطَّرِيقِ (وَلَوْ اخْتَلَفُوا فِي مِقْدَارِهِ، ....

ففي إدخال الشرب والطريق توفير المنفعة عليهما.

فأما هاهنا موضع الطريق والمسيل داخل في القسمة، وموجب القسمة اختصاصُ كُلٍّ بما هو نصيبه، فلو أثبتنا لأحدهما حقًّا في نصيب الآخر لتضرر به الآخر، ولا يجوز إلحاق الضرر به بدون رضاه، وإنما دليل رضاه اشتراطه الحقوق والمرافق، فلهذا لا يدخلان بدون ذكر الحقوق والمرافق، كذا في المبسوط[1].

وكذا الحاكم الشهيد في المختصر: أنهما يدخلان بدون ذكر الحقوق، فعلى هذا يحتاج إلى الفرق.

قوله: (ولو اختلفوا) أي الشركاء أو الورثة (في رفع الطريق) والمراد من الرفع أن لا يدخلوا الطريق في القسمة، فقال بعضهم: لا ترفع، وقال بعضهم: ترفع، نظر الحاكم فيه فإن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه، قسمه بينهم بغير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق تكميل المنفعة بدونه.

قوله: (ولو اختلفوا في مقداره) أي: مقدار الطريق جعل على عرض باب الدار الأعظم وطوله، والمراد بالطول هو الطول من حيث الأعلى لا الطول من حيث المبنى، وهو ضد عرضه؛ لأن ذلك الطول إنما يكون إلى حيث ينتهي بهما إلى الطريق الأعظم.

وفائدته: قسمة ما وراء الطول من الأعلى حتى لو أراد بعضهم أن يشرع

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٥).

جُعِلَ عَلَى عَرْضِ بَابِ الدَّارِ وَطُولِهِ) لِأَنَّ الحَاجَةَ تَنْدَفِعُ بِهِ (وَالطَّرِيقُ عَلَى سِهَامِهِمْ كَمَا كَانَ قَبْلَ القِسْمَةِ) لِأَنَّ القِسْمَةَ فِيمَا وَرَاءَ الطَّرِيقِ، لَا فِيهِ (وَلَوْ شَرَطُوا أَنْ يَكُونَ الطَّرِيقُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا: جَازَ، وَإِنْ كَانَ أَصْلُ الدَّارِ نِصْفَيْنِ) لِأَنَّ القِسْمَةَ عَلَى التَّفَاضُلِ جَائِزَةٌ بِالتَّرَاضِي.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ سُفْلٌ لَا عُلُوَّ عَلَيْهِ، وَعُلُوٌّ لَا سُفْلَ لَهُ، وَسُفْلٌ لَهُ عُلُوٌّ، قُوِّمَ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى حِدَتِهِ وَقُسِمَ بِالقِيمَةِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِغَيْرِ ذَلِكَ) قَالَ رضي الله عنه: هَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ رحمه الله، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: يُقْسَمُ بِالذَّرْعِ(*)؛ لِمُحَمَّدٍ:

جناحًا في نصيبه إن كان فوق طول الباب له ذلك؛ لأن الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم، فصار بانيًا على خالص حقه، وإن كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك؛ لأن قدر الطول من حيث الهواء مشترك، والبناء على الهواء المشترك لا يجوز من غير رِضَى [٢/ ٣٩٨/ أ] الشركاء.

وإن كان أرضًا يرفع مقدار ما يمر فيه ثور؛ لأنه لا بد لذلك من الزراعة، ولا يجعل الطريق مقدار ما يمر ثوران معا وإن كان يحتاج إلى ذلك؛ لأنه كما يحتاج إلى هذا يحتاج إلى العجلة؛ فيؤدي إلى ما لا يتناهى، كذا في مبسوط شيخ الإسلام، والذخيرة، والمحيط.

وقالت الأئمة الثلاثة: يعتبر في قدر الطريق ما تدعو الحاجة إليه في الدخول والخروج بحسب العادة.

قوله: (وإذا كان سفل لا علو له) إلى آخره، في الذخيرة: صورَتُهُ عُلُوٌّ مشتركٌ بينهما بدون سفلٌ، وسفل مشترك بينهما بدون عُلُوٍّ، وسفلٌ وعُلوٌّ مشترك بينهما، فطلبا القسمة من القاضي.

فعند محمد: يقسم على قيمة السفل والعلو، فإن كانت قيمتهما على السواء يحسب ذراع بذراع، وإن كان قيمة أحدهما ضعف قيمة الآخر يحسب من الذي قيمته على الضعف ذراع بذراعين من الآخر حتى يستويا في القيمة.

(*) الراجح: قول محمد.

أَنَّ السُّفْلَ يَصْلُحُ لِمَا لَا يَصْلُحُ لَهُ العُلُوُّ مِن اتِّخَاذِهِ بِئْرَ مَاءٍ أَوْ سِرْدَابًا أَوْ إِصْطَبْلًا أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ، فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّعْدِيلُ إِلَّا بِالقِيمَةِ، وَهُمَا يَقُولَانِ: إِنَّ القِسْمَةَ بِالذَّرْعِ هِيَ الأَصْلُ، لِأَنَّ الشَّرِكَةَ فِي المَذْرُوعِ لَا فِي القِيمَةِ فَيُصَارُ إِلَيْهِ مَا أَمْكَنَ، وَالمُرَاعَى التَّسْوِيَةُ فِي السُّكْنَى لَا فِي المَرَافِقِ، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِيمَا بَيْنَهُمَا فِي كَيْفِيَّةِ القِسْمَةِ بِالذَّرْعِ، فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: ذِرَاعٌ مِن سُفْلٍ بِذِرَاعَيْنِ مِن عُلُوٍّ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: ذِرَاعٌ بِذِرَاعٍ، قِيلَ: أَجَابَ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنهُمْ عَلَى عَادَةِ أَهْلِ عَصْرِهِ، أَوْ أَهْلِ بَلَدِهِ فِي تَفْضِيلِ السُّفْلِ عَلَى العُلُوِّ، وَاسْتِوَائِهِمَا، وَتَفْضِيلِ السُّفْلِ مَرَّةً وَالعُلُوِّ أُخْرَى.

وَقِيلَ: هُوَ اخْتِلَافُ مَعْنًى، ....

وعند الأئمة الثلاثة: لا يجبر الآبي من القسمة على القسمة، وعندنا يقسم كما ذكر في الكتاب.

قوله: (لا في المرافق) إذ المرافق تختلف باختلاف الأزمان والأمكنة (ثم اختلفا) أي: أبو حنيفة وأبو يوسف.

(على عادة أهل عصره) فأبو حنيفة أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في تفضيل السّفل على العلوّ، وأبو يوسف أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد من التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى، ومحمد شاهد اختلاف العادات في ذلك البلدان[1] فقال: يقسم على القسمة.

قوله: (هو اختلاف معنى) أي: حجة وبرهان، فأبو حنيفة يقول: منفعة السفل ضعف منفعة العلو؛ لأن فيه منفعة السكنى والبناء، فإنه لو أراد أن[2] يحفر في سفله سردابًا لم يكن لصاحب العلو منعه من ذلك، ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي السكنى، فإنه لو أراد أن يبني على علوّه علوًّا آخر كان لصاحب السفل منعه من ذلك، والمعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة.

وأبو يوسف يقول: لصاحب العلو أن يبني على علوه إذا كان لا يضر كما

---

(١) هكذا في الأصول الخطية، وفي المبسوط (ومحمد شاهد اختلاف العادات في البلدان). وفي المحيط البرهاني (ومحمد رحمه الله شاهد اختلاف العادة في ذلك في البلدان).

(٢) في الأصل (أي)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّ مَنْفَعَةَ السُّفْلِ تَرْبُو عَلَى مَنْفَعَةِ العُلُوِّ بِضَعْفِهِ، لِأَنَّهَا تَبْقَى بَعْدَ فَوَاتِ العُلُوِّ، وَمَنْفَعَةُ العُلُوِّ لَا تَبْقَى بَعْدَ فِنَاءِ السُّفْلِ، وَكَذَا السُّفْلُ فِيهِ مَنْفَعَةُ البِنَاءِ وَالسُّكْنَى، وَفِي العُلُوِّ السُّكْنَى لَا غَيْرُ، إِذْ لَا يُمْكِنُهُ البِنَاءُ عَلَى عُلُوِّهِ إِلَّا بِرِضَا صَاحِبِ السُّفْلِ، فَيُعْتَبَرَ ذِرَاعَانِ مِنهُ بِذِرَاعٍ مِن السُّفْلِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ المَقْصُودَ أَصْلُ السُّكْنَى وَهُمَا يَتَسَاوَيَانِ فِيهِ، وَالمَنْفَعَتَانِ مُتَمَاثِلَتَانِ، لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَنْ يَفْعَلَ مَا لَا يَضُرُّ بِالآخَرِ عَلَى أَصْلِهِ، وَلِمُحَمَّدٍ: أَنَّ المَنْفَعَةَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الحَرِّ وَالبَرْدِ بِالإِضَافَةِ إِلَيْهِمَا، فَلَا يُمْكِنُ التَّعْدِيلُ إِلَّا بِالقِيمَةِ، وَالفَتْوَى اليَوْمَ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَوْلُهُ: لَا يَفْتَقِرُ إِلَى التَّفْسِيرِ، وَتَفْسِيرُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ: ....

أن لصاحب السفل أن يحفر سردابًا في السفل إذا لم يضر بصاحب العلو، فاستويا في المنفعة؛ فيجعل ذراع بذراع.

ومحمد يقول: العلو والسفل بناء، والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة تتيسر، ولأن في بعض البلدان تكون قيمة العلو أكثر من قيمة السفل كما في مكة ومصر، وفي بعض البلدان على العكس كما في الكوفة.

وقيل: في موضع تكثر النَّدوة في الأرض يختار العلو على السفل، وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل، وربما يختلف ذلك باختلاف الأوقات، ولا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالقيمة.

قوله: (والفتوى اليوم بقول محمد) كذا في المبسوط، والذخيرة، والمغني، والمحيط، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (في مسألة الكتاب) أي: في الفصلين **أحدهما**: أن يكون بينهما سفل بلا علو، وعلو بلا سفل، فأراد القسمة.

فعلى قول أبي حنيفة: بمقابلة خمسين ذراعًا من ساحة السفل مائة ذراع من ساحة العلو، وعلى قول أبي يوسف: بمقابلة كل ذراع ذراع.

والثاني: أن يكون بينهما بيت لسفله علو، وسفل لا علو له، وعلو لا سفل له.

أَنْ يُجْعَلَ بِمُقَابَلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِن العُلُوِّ المُجَرَّدِ، ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثُ ذِرَاعٍ مِن البَيْتِ الكَامِلِ، لِأَنَّ العُلُوَّ مِثْلُ نِصْفِ السُّفْلِ، فَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثٌ مِن السُّفْلِ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَانِ مِن العُلُوِّ المُجَرَّدِ، وَمَعَهُ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثُ ذِرَاعٍ مِن العُلُوِّ، فَبَلَغَتْ مِائَةَ ذِرَاعٍ تُسَاوِي مِائَةً مِن العُلُوِّ المُجَرَّدِ، وَيُجْعَلُ بِمُقَابَلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِن السُّفْلِ المُجَرَّدِ مِن البَيْتِ الكَامِلِ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَا ذِرَاعٍ، لِأَنَّ عُلُوَّهُ مِثْلُ نِصْفِ سُفْلِهِ فَبَلَغَتْ مِائَةَ ذِرَاعٍ كَمَا ذَكَرْنَا، وَالسُّفْلُ المُجَرَّدُ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَانِ، لِأَنَّهُ ضِعْفُ العُلُوِّ فَيُجْعَلَ بِمُقَابَلَةِ مِثْلِهِ، وَتَفْسِيرُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ: أَنْ يُجْعَلَ بِإِزَاءِ خَمْسِينَ ذِرَاعًا مِن البَيْتِ الكَامِلِ مِائَةُ ذِرَاعٍ مِن السُّفْلِ المُجَرَّدِ، وَمِائَةُ ذِرَاعٍ مِن العُلُوِّ المُجَرَّدِ، لِأَنَّ السُّفْلَ وَالعُلُوَّ عِنْدَهُ سَوَاءٌ، فَخَمْسُونَ ذِرَاعًا مِن البَيْتِ الكَامِلِ بِمَنْزِلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ خَمْسُونَ مِنها سُفْلٌ وَخَمْسُونَ مِنها عُلُوٌّ. قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ المُتَقَاسِمُونَ وَشَهِدَ القَاسِمَانِ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا) قَالَ رضي الله عنه: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ:

فعند أبي حنيفة: يجعل بإزاء مائة ذراع من العلو الذي لا سفل له ثلاثة وثلاثون ذراعًا وثلث ذراع من البيت الكامل إلى آخر ما ذكر في الكتاب.

فإن قيل: كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة عند أبي حنيفة، وعنده البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة إذا لم تكن في دار واحدة؟

قلنا: موضوع المسألة أنهما كانا في دار واحدة، وإن كانا في دارين فهو محمول على ما إذا تراضيا على القسمة، لكن طلبوا من القاضي المعادلة، فعند أبي حنيفة: القسمة على هذا الوجه حالة التراضي.

قوله: (فبلغت) أي: الستة والثلاثون والثلثان مع الثلاثة والثلاثين والثلثِ مائةً[١]، فصح ما قاله أن مائة ذراع من العلو المجرد بمقابلة ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع من الثلث الكامل هذا فبلغت مائة ذراع.

قوله: (اختلف المتقاسمون) بأن قال أحدهم: بعض نصيبي في يد آخر وأنكر الآخرون.

---

(١) في الأصل (الثلاث مائة)، وما أثبتناه من النسخة الثانية.

لَا تُقْبَلُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ. وَذَكَرَ الخَصَّافُ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ قَوْلِهِمَا وَقَاسِمَا القَاضِيَ وَغَيْرَهُمَا سَوَاءٌ(*)، لِمُحَمَّدٍ: أَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَى فِعْلِ أَنْفُسِهِمَا فَلَا تُقْبَلُ، كَمَنْ عَلَّقَ عِتْقَ عَبْدِهِ بِفِعْلِ غَيْرِهِ، فَشَهِدَ ذَلِكَ الغَيْرُ عَلَى فِعْلِهِ، وَلَهُمَا: أَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَى فِعْلِ غَيْرِهِمَا، وَهُوَ الِاسْتِيفَاءُ وَالقَبْضُ لَا عَلَى فِعْلِ أَنْفُسِهِمَا، لِأَنَّ فِعْلَهُمَا التَّمْيِيزُ وَلَا حَاجَةَ إِلَى الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ، أَوْ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ مَشْهُودًا بِهِ لِمَا أَنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ، وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ بِالقَبْضِ وَالِاسْتِيفَاءِ، وَهُوَ فِعْلُ الغَيْرِ فَتُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ، وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ: إِذَا قَسَمَا بِأَجْرٍ لَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ بِالإِجْمَاعِ، وَإِلَيْهِ مَالَ بَعْضُ المَشَايِخِ: لِأَنَّهُمَا يَدَّعِيَانِ إِيفَاءَ عَمَلٍ اسْتُؤْجِرَا عَلَيْهِ فَكَانَتْ شَهَادَةً صُورَةً وَدَعْوَى مَعْنًى، فَلَا تُقْبَلُ إِلَّا أَنَّا نَقُولُ: هُمَا لَا يَجُرَّانِ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا مَغْنَمًا لِاتِّفَاقِ الخُصُومِ عَلَى إِيفَائِهِمَا العَمَلَ المُسْتَأْجَرَ عَلَيْهِ وَهُوَ التَّمْيِيزُ، وَإِنَّمَا الِاخْتِلَافُ فِي الِاسْتِيفَاءِ فَانْتَفَتْ التُّهْمَةُ (وَلَوْ شَهِدَ قَاسِمٌ وَاحِدٌ لَا تُقْبَلُ) لِأَنَّ شَهَادَةَ الفَرْدِ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ عَلَى الغَيْرِ، وَلَوْ أَمَرَ القَاضِي أَمِينَهُ بِدَفْعِ المَالِ إِلَى آخَرَ، يُقْبَلُ قَوْلُ الأَمِينِ فِي دَفْعِ الضَّمَانِ عَنْ نَفْسِهِ وَلَا يُقْبَلُ فِي إِلْزَامِ الآخَرِ إِذَا كَانَ مُنْكِرًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ دَعْوَى الغَلَطِ فِي القِسْمَةِ وَالِاسْتِحْقَاقِ فِيهَا

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمُ الغَلَطَ وَزَعَمَ أَنَّ مِمَّا أَصَابَهُ شَيْئًا فِي يَدِ صَاحِبِهِ، وَقَدْ أَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ بِالِاسْتِيفَاءِ، ....

قوله: (وبه) أي: بقول محمد (قال الشافعي) ومالك، وأحمد.

قوله: (وإليه مال بعض المشايخ) [أي](١): إلى قول الطحاوي، وبه قال الإِصْطَخْرِي من أصحاب الشافعي رحمهما الله تعالى، والله أعلم.

بَاب دَعْوَى الْغَلَطِ فِي الْقِسْمَةِ وَالِاسْتِحْقَاقِ فِيهَا

لما كان وقوع الغلط والاستحقاق من العوارض أخر ذكرهما.

قوله: (أشهد على نفسه بالاستيفاء)، أو أقرَّ بالاستيفاء، هكذا فسره في المبسوط.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لَمْ يُصَدَّقْ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ) لِأَنَّهُ يَدَّعِي فَسْخَ القِسْمَةِ بَعْدَ وُقُوعِهَا فَلَا يُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ، اسْتَحْلَفَ الشُّرَكَاءَ، فَمَنْ نَكَلَ مِنهُمْ جَمَعَ بَيْنَ نَصِيبِ النَّاكِلِ وَالمُدَّعِي فَيُقْسَمُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ أَنْصِبَائِهِمَا)، لِأَنَّ النُّكُولَ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ خَاصَّةً فَيُعَامَلَانِ عَلَى زَعْمِهِمَا، قَالَ ﷺ: يَنْبَغِي أَنْ لَا تُقْبَلَ دَعْوَاهُ أَصْلًا لِتَنَاقُضِهِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ مَنْ بَعْدُ (وَإِنْ قَالَ: قَدْ اسْتَوْفَيْتُ حَقِّي وَأَخَذْتُ بَعْضَهُ، فَالقَوْلُ قَوْلُ خَصْمِهِ مَعَ يَمِينِهِ) لِأَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ الغَصْبَ وَهُوَ مُنْكِرٌ (وَإِنْ قَالَ: أَصَابَنِي إِلَى مَوْضِعِ كَذَا، فَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيَّ، وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَى نَفْسِهِ بِالِاسْتِيفَاءِ، وَكَذَّبَهُ شَرِيكُهُ، تَحَالَفَا وَفُسِخَتْ القِسْمَةُ) لِأَنَّ الِاخْتِلَافَ فِي مِقْدَارِ مَا حَصَلَ لَهُ بِالقِسْمَةِ فَصَارَ نَظِيرَ الِاخْتِلَافِ فِي مِقْدَارِ المَبِيعِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِن أَحْكَامِ التَّحَالُفِ فِيمَا تَقَدَّمَ (وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي التَّقْوِيمِ، لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ) لِأَنَّهُ دَعْوَى الغَبْنِ وَلَا مُعْتَبَرَ بِهِ فِي البَيْعِ، فَكَذَا فِي

قوله: (لا يصدق إلا بحجة)؛ لأن الظاهر عدم وقوع الغلط كالمشتري إذا ادعى الخيار لنفسه بسبب الشرط.

قوله: (استحلف الشركاء)؛ لأنهم لو أقرُّوا بذلك لزمهم، فإذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول، فمن حلف لم يكن له عليه سبيل.

[قوله][1]: (لتناقضه) أي: لتناقض المدعي، فإنه إذا أشهد على نفسه بالاستيفاء فبعد ذلك دعواه بقاء حقه في يد آخر تناقض، فينبغي أن لا تسمع دعواه، كذا في المبسوط، وفتاوى قاضي خان.

قوله: (وإليه أشار من بعد) وهو قوله: (وإن أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إليّ، ولم يشهد على نفسه تحالفا) ففي هذا إشارة إلى أنه تقبل دعواه فيما إذا أشهد على نفسه بالاستيفاء؛ لأن عدم التحالف (عند عدم التحالف)[2] عند الإشهاد على الاستيفاء لم يكن؛ لأن التناقض يمنع صحة الدعوى؛ لوجود موجب التحالف، وهو الاختلاف في المقدار.

قوله: (ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت) بدعوى الغلط في التقويم على

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) مكرر هكذا في المخطوط.

القِسْمَةِ لِوُجُودِ التَّرَاضِي، (إِلَّا إِذَا كَانَتْ القِسْمَةُ بِقَضَاءِ القَاضِي وَالغَبْنُ فَاحِشٌ) لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ مُقَيَّدٌ بِالعَدْلِ، (وَلَوْ اقْتَسَمَا دَارًا وَأَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ طَائِفَةً، فَادَّعَى أَحَدُهُمْا بَيْتًا فِي يَدِ الآخَرِ أَنَّهُ مِمَّا أَصَابَهُ بِالقِسْمَةِ، وَأَنْكَرَ الآخَرُ، فَعَلَيْهِ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ) لِمَا قُلْنَا (وَإِنْ أَقَامَا البَيِّنَةَ يُؤْخَذُ بِبَيِّنَةِ المُدَّعِي) لِأَنَّهُ خَارِجٌ، وَبَيِّنَةُ الخَارِجِ تَتَرَجَّحُ عَلَى بَيِّنَةِ ذِي

نوعين: نوع يصح، ونوع لا يصح، فغير الصحيح ما لو ادعى الغلط في التقويم بغبن يسير فلا تصح دعواه، سواء حصلت القسمة بالقضاء أو بالتراضي؛ لأن الاحتراز عن مثل هذا الغلط غير ممكن، ولأنه يؤدي إلى ما لا يتناهى؛ لأنه يمكنه أن يدعي مثل ذلك في كل قسمة.

والصحيح ما لو ادعى الغلط في التقويم بغبن فاحش بأن ما يدعي من مقدار الغلط لا يدخل تحت تقويم المتقومين إن حصلت القسمة بالقضاء؛ لأنه يمكن الاحتراز عنه، ولا يؤدي إلى ما لا يتناهى، وإن حصلت القسمة بالتراضي لم يذكر محمد هذا الفصل في الكتاب.

فعن الهندواني: لقائل أن يقول لا تسمع هذه الدعوى؛ لأن القسمة في معنى البيع، ودعوى الغبن الفاحش في البيع من المالك لا تسمع، ولا ينقض البيع، أما البيع من غير المالك ينقض بالغبن الفاحش كبيع الأب والوصي.

ولقائل أن يقول تسمع؛ لأن المعادلة شرط في القسمة، والتعديل في الأشياء المتقاربة يكون من حيث القيمة، فإذا ظهر في القيمة غبن فاحش فات شرط جواز القسمة، فيجب نقضها.

والصدر الشهيد يأخذ بالقول الأول، وما ذكر يدل عليه، وبعض مشايخ عصره بالقول الثاني، كذا في الذخيرة.

وفي فتاوى قاضي خان: جعل القول الأخير أولى، وبه قال الفضلي، وعند الشافعي لم تقبل دعواه في القسمة بالتراضي، كما ذكر الصدر الشهيد، وبالقضاء تقبل.

قوله: (**وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد**)، وفيه خلاف الشافعي، وقد مر في الدعوى.

الْيَدِ (وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الإِشْهَادِ عَلَى الْقَبْضِ تَحَالَفَا وَتَرَادًّا، وَكَذَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْحُدُودِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ، يُقْضَى لِكُلِّ وَاحِدٍ بِالْجُزْءِ الَّذِي هُوَ فِي يَدِ صَاحِبِهِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَإِنْ قَامَتْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ قُضِيَ لَهُ، وَإِنْ لَمْ تَقُمْ لِوَاحِدٍ مِنهُمَا تَحَالَفَا) كَمَا فِي الْبَيْعِ.

فَصْلٌ: [في بَيَانِ الاسْتِحْقَاقِ]

قَالَ: (وَإِذَا اسْتَحَقَّ بَعْضَ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ: لَمْ تُفْسَخِ الْقِسْمَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَرَجَعَ بِحِصَّةِ ذَلِكَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تُفْسَخُ الْقِسْمَةُ)(*) قَالَ ﷺ: ذَكَرَ الِاخْتِلَافَ فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ بِعَيْنِهِ، وَهَكَذَا ذُكِرَ فِي الأَسْرَارِ.

قوله: (إذا اختلفا في الحدود) بأن قال أحدهما: هذا الحد لي قد دخل في نصيبه.

قوله: (تحالفا) ونقضت القسمة بعده، وبه قال الشافعي، وأحمد، وقال مالك: القول لصاحب اليد.

فَصْلٌ

قوله: (رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه)، وبه قال مالك، وقال مالك: إن كان الشيء المستحق تافهًا يسيرًا رجع بنصف قيمة ذلك دراهم أو دنانير، ولا يكون بذلك شريكًا لصاحبه.

وقال أشهب: رجع بنصف نصيب صاحبه، سواء كان المستحق قليلاً أو كثيرًا أو فيه المضرة أو لا مضرة فيه، ولا تنتقض القسمة، ذكره في الجواهر.

وقال أبو يوسف: تفسخ القسمة، وبه قال الشافعي.

قوله: (وهكذا ذكر في الأسرار)، وفي النهاية: وصفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهوًا؛ لأن هذه المسألة في الأسرار مذكورة في الجزء السابع وضعًا وتعليلًا من الجانبين، وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة، وكذا في الذخيرة، والكافي، وغيرهما.

وقيل: يمكن أن يحمل على اختلاف النسخ.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة لأن محمداً معه في الأصح.

وَالصَّحِيحُ: أَنَّ الِاخْتِلَافَ فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ شَائِعٍ مِن نَصِيبِ أَحَدِهِمَا، فَأَمَّا فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ مُعَيَّنٍ لَا تُفْسَخُ القِسْمَةُ بِالإِجْمَاعِ، وَلَوْ اسْتُحِقَّ بَعْضٌ شَائِعٌ فِي الكُلِّ تُفْسَخُ بِالِاتِّفَاقِ، فَهَذِهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ. وَلَمْ يَذْكُرْ قَوْلَ مُحَمَّدٍ، وَذَكَرَهُ أَبُو سُلَيْمَانَ مَعَ أَبِي يُوسُفَ، وَأَبُو حَفْصٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ الأَصَحُّ.

لِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ بِاسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ شَائِعٍ ظَهَرَ شَرِيكٌ ثَالِثٌ لَهُمَا، وَالقِسْمَةُ بِدُونِ رِضَاهُ بَاطِلَةٌ، كَمَا إِذَا اسْتُحِقَّ بَعْضٌ شَائِعٌ فِي النَّصِيبَيْنِ، وَهَذَا لِأَنَّ بِاسْتِحْقَاقِ جُزْءٍ شَائِعٍ يَنْعَدِمُ مَعْنَى القِسْمَةِ، وَهُوَ الإِفْرَازُ، لِأَنَّهُ يُوجِبُ الرُّجُوعَ بِحِصَّتِهِ فِي نَصِيبِ الآخَرِ شَائِعًا، بِخِلَافِ المُعَيَّنِ.

وَلَهُمَا: أَنَّ مَعْنَى الإِفْرَازِ لَا يَنْعَدِمُ بِاسْتِحْقَاقِ جُزْءٍ شَائِعٍ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا، وَلِهَذَا جَازَتْ القِسْمَةُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ فِي الِابْتِدَاءِ، بِأَنْ كَانَ النِّصْفُ المُقَدَّمُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ ثَالِثٍ، وَالنِّصْفُ المُؤَخَّرُ بَيْنَهُمَا لَا شَرِكَةَ لِغَيْرِهِمَا فِيهِ، فَاقْتَسَمَا عَلَى أَنَّ لِأَحَدِهِمَا مَا لَهُمَا مِن المُقَدَّمِ وَرُبُعِ المُؤَخَّرِ يَجُوزُ، فَكَذَا فِي الِانْتِهَاءِ وَصَارَ كَاسْتِحْقَاقِ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ، بِخِلَافِ الشَّائِعِ فِي النَّصِيبَيْنِ، لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَتْ القِسْمَةُ لَتَضَرَّرَ الثَّالِثُ بِتَفَرُّقِ نَصِيبِهِ فِي النَّصِيبَيْنِ، أَمَّا هَاهُنَا لَا ضَرَرَ بِالمُسْتَحِقِّ فَافْتَرَقَا،

قوله: (ولو استحق بعض شائع في الكل ففسخ بالاتفاق)، اختلف أصحاب الشافعي، قال ابن أبي هريرة: تبطل القسمة في المستحق، ويكون في الباقي قولان في تفريق الصفقة.

وقال أبو إسحاق: تبطل في الكل قولًا واحدًا.

وقال مالك: لم تبطل القسمة، واتبع كل وارث بقدر ما صار إليه إن قدر على قسمة ما بيده من ذلك، وهو الأصح.

روي عن ابن سماعة أنه كتب إلى محمد يسأله أن قوله مع أبي حنيفة، أو مع أبي يوسف؟ فقال محمد: قولي مع أبي حنيفة.

قوله: (ينعدم معنى القسمة) أي: في النصيبين.

قوله: [٢/ ٣٩٩/ أ] **(بخلاف المعين)**؛ لأن في استحقاق بعض معين يقع الإفراز فيما وراءه، لكن يبقى له ولاية الرجوع.

وَصُورةُ المَسْأَلَةِ: إذَا أَخَذَ أَحدُهُمَا الثُّلُثَ المُقَدَّمَ مِن الدَّارِ، وَالآخَرُ الثُّلُثَيْنِ مِن المُؤَخَّرِ وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ، ثُمَّ اسْتَحَقَّ نِصْفَ المُقَدَّمِ، فَعِنْدَهُمَا، إنْ شَاءَ نَقَضَ القِسْمَةَ دَفْعًا لِعَيْبِ التَّشْقِيصِ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِرُبُعِ مَا فِي يَدِهِ مِن المُؤَخَّرِ، لِأَنَّهُ لَوْ اسْتَحَقَّ كُلَّ المُقَدَّمِ رَجَعَ بِنِصْفِ مَا فِي يَدِهِ، فَإِذَا اسْتَحَقَّ النِّصْفَ رَجَعَ بِنِصْفِ النِّصْفِ وَهُوَ الرُّبُعُ اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالكُلِّ، وَلَوْ بَاعَ صَاحِبُ المُقَدَّمِ نِصْفَهُ، ثُمَّ اسْتَحَقَّ النِّصْفَ البَاقِي شَائِعًا رَجَعَ بِرُبُعِ مَا فِي يَدِ الآخَرِ عِنْدَهُمَا لِمَا ذَكَرْنَا، وَسَقَطَ خِيَارُهُ بِبَيْعِ البَعْضِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: مَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، وَيَضْمَنُ قِيمَةَ نِصْفِ مَا بَاعَ لِصَاحِبِهِ، لِأَنَّ القِسْمَةَ تَنْقَلِبُ فَاسِدَةً عِنْدَهُ، وَالمَقْبُوضُ بِالعَقْدِ الفَاسِدِ مَمْلُوكٌ، فَنَفَذَ البَيْعُ فِيهِ، وَهُوَ مَضْمُونٌ بِالقِيمَةِ فَيَضْمَنُ نِصْفَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ.

قَالَ: (وَلَوْ وَقَعَتِ القِسْمَةُ، ثُمَّ ظَهَرَ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ مُحِيطٌ، رُدَّتْ القِسْمَةُ) لِأَنَّهُ

قوله: (وصورة المسألة) أي: المسألة المذكورة في الكتاب لا المسألة المستشهد [بها][1].

قوله: (إن شاء رجع بربع[2] ما في يده)، وفي المبسوط: إنما يرجع على صاحب المقدم إذا اختار إمضاء القسمة؛ لأنه لو استحق جميع المقدم يرجع على شريكه بنصف ما في يده؛ فإذا كان المستحق نصفه يرجع بنصف نصف ما في يده[3].

(ردت القسمة) أي: إذا لم يؤدِّ الورثة الدين، أما لو أدَّوا لا يرد؛ لأن حق الغرماء في مالية التركة لا في عينها، وبه قال مالك.

وقال الشافعي: إن قلنا: إن القسمة تمييز الحقين لم تبطل القسمة، وإن لم يقضِ الدين بطلت القسمة.

وإن قلنا: إنه بيع التركة قبل قضاء الدين قولان، وفي قسمتها قولان.

وفي الذخيرة: لو ظهر وارث آخر، أو موصى له بالثلث أو الربع وما أشبه

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل (برفع)، والمثبت من النسختين الثانية والثالثة.
(٣) المبسوط للسرخسي (١٥/ ٤٤).

يَمْنَعُ وُقُوعَ المِلْكِ لِلْوَارِثِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ غَيْرَ مُحِيطٍ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغُرَمَاءِ بِالتَّرِكَةِ، إِلَّا إِذَا بَقِيَ مِن التَّرِكَةِ مَا يَفِي بِالدَّيْنِ وَرَاءَ مَا قَسَمَ، لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى نَقْضِ القِسْمَةِ، فِي إِيفَاءِ حَقِّهِمْ، (وَلَوْ أَبْرَأَهُ الغُرَمَاءُ بَعْدَ القِسْمَةِ أَوْ أَدَّاهُ الوَرَثَةُ مِن مَالِهِمْ، وَالدَّيْنُ مُحِيطٌ، أَوْ غَيْرُ مُحِيطٍ، جَازَتْ القِسْمَةُ)، لِأَنَّ المَانِعَ قَدْ زَالَ. وَلَوْ ادَّعَى أَحَدُ

ردت القسمة؛ لأنه ظهر أنه في التركة شريك آخر، وقد اقتسموا دونه، وكذا لو ظهر الموصى له -بالألف المرسلة- إلا إذا قالت الورثة: نحن نقضي حق الغرماء وحق الموصى له -بالألف المرسلة-.

أما في الوارث الآخر والموصى له بالثلث أو الربع ليس لهم ذلك؛ لأن حق الوارث الآخر والموصى له بالثلث في عين التركة، فلا ينقل إلى مال آخر إلا برضاهما، وحق الغريم والموصى له -بالألف المرسلة- في المالية لا في عين التركة، وفي ذلك مال الوارث والتركة سواء، ولهذا قالوا: لو كان مال آخر لم يدخل في القسمة ليس للغريم والموصى له -بالألف المرسلة- حق نقض القسمة، بل يعطى حقهما منه.

واختلف أصحاب مالك في ظهور وارث آخر أو موصى له بالثلث، قال ابن القاسم: إن كانوا عالمين بوارث آخر لا تصح القسمة، وإن لم يكونوا عالمين والتركة عين أخذ من كلٍّ ما ينوبه.

وقال عبد الملك، وأشهب: فالقسمة جائزة في الوجهين، وله الخيار إن شاء أجاز القسمة وأخذ ما ينوبه من كلٍّ، وإن شاء رد القسمة، فيجمع سهمه في محل إذا كانت التركة دارين، وإن كانت أكثر استؤنفت القسمة.

وإذا كان في التركة دين وطلبوا من القاضي القسمة، والقاضي يعلم بالدين، وصاحب الدين غائب، فإن كان المال مستغرقًا بالدين لا يقسم القاضي؛ لأنه لا ملك لهم في التركة، وإن كان غير مستغرق فالقياس أن لا يقسمها أيضًا؛ لأن الدين شاغل لكل جزء من أجزاء التركة، حتى لو هلك جميع التركة إلا مقدار الدين كان ذلك لصاحب الدين.

وهذا القياس قول أبي حنيفة، ولكنه استحسن وقال: قلما تخلو تركة عن دين يسير، ويصح أن يقف عشرة آلاف بدين عشرة، فالأحسن أن ينظر للفريقين

الْمُتَقَاسِمَيْنِ دَيْنًا فِي التَّرِكَةِ، صَحَّ دَعْوَاهُ، لِأَنَّهُ لَا تَنَاقُضَ، إِذْ الدَّيْنُ يَتَعَلَّقُ بِالمَعْنَى وَالقِسْمَةُ تُصَادِفُ الصُّورَةَ، وَلَو ادَّعَى عَيْنًا بِأَيِّ سَبَبٍ كَانَ لَمْ يُسْمَعْ لِلتَّنَاقُضِ، إذ الإِقْدَامُ عَلَى القِسْمَةِ اعْتِرَافٌ بِكَوْنِ المَقْسُومِ مُشْتَرَكًا.

فيقف من التركة قدر الدين، ويقسم مراعاة للحقين، وفيه نظر للميت من حيث إن وارثه يقوم بحفظ ما يصيبه من ذلك، ويكون مضمونًا عليه ما لم يصل إلى صاحب الدين حقه، ولا يأخذ كفيلًا بشيء من ذلك. قيل: هذا قول أبي حنيفة.

أما عندهما: يأخذ كفيلًا، وإن لم يكن الدين معلومًا للقاضي سألهم القاضي عن الدين، فإن قالوا: لا، فالقول لهم، ويقسم القاضي لتمسكهم بالأصل، وهو فراغ الذمة عن الدين، ولأن المال في أيديهم فالقول لصاحب اليد، فلو ظهر دين نقض القسمة؛ لأنه تبين أن القسمة قبل أدائها[1]، فإن أوانها ما بعد قضاء الدين، كذا في المبسوط[2]، والذخيرة.

قوله: (دينًا في التركة) قيد به لأنه **(لو ادعى عينًا)** من أعيان **(بأي سبب كان)** بالشراء، أو الهبة أو غيرهما لا تقبل دعواه، كما يجيء بعد هذا، إذ الدين تعلق بالمعنى دون الصورة، ولهذا للورثة حق الإيفاء من محل آخر، فلم يكن من ضرورة الإقدام على القسمة عدم الدين، فلو أقام بينة فله أن ينقض القسمة، ولم تكن قسمته إبراء من الدين لما ذكرنا أنه ليس من ضرورة الإقدام على القسمة عدم الدين.

وفي الذخيرة: أقر رجل أن فلانًا مات وترك هذه الدار ميراثًا، ولم يقل لهم أو لورثته، ثم ادعى بعد ذلك أنه أوصى له بالثلث، أو ادعى دينًا عليه يُقْبَلُ، ولو قال: ترك ميراثًا لورثته أو لهم والمسألة بحالها لا يُقْبَلُ؛ لأنه لما قال لهم أو لورثته كان إقرارًا بأن لا دين عليه ولا حق لغيرهم، بعد ذلك دعوى الوصية أو الدين تناقضا.

(١) كذا في النسخ الخطية، وفي المبسوط: (قبل أوانها).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٥/ ٣٤).

فَصْلٌ فِي المُهَايَأَةِ

المُهَايَأَةُ جَائِزَةٌ اسْتِحْسَانًا، لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ، إِذْ قَدْ يَتَعَذَّرُ الِاجْتِمَاعُ عَلَى الِانْتِفَاعِ

فَصْلٌ فِي الْمُهَايَأَةِ

لما فرغ من بيان قسمة الأعيان شرع في بيان قسمة الأعراض.

والمهايأة لغة: مشتقة من الهيئة، وهي الحالة [٢/ ٣٩٩/ ب] الظاهرة للمتهيِّئ للشيء، والتهيُّؤ تفاعُل منها، وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به.

وفي الحقيقة أن يتراضوا بهيئة واحدة يعني الشريك ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها الشريك الآخر، والمهاياة بإبدال الهمزة ألفًا لغة أيضًا.

وشريعة: هي قسمة المنافع.

قوله: (جائزة استحسانًا)، وفي القياس لا تجوز؛ لأنها مبادلة المنفعة بجنسها؛ لأن أحد الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضًا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته، ولكن ترك القياس بالكتاب والسنة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الشعراء:١٥٥]، وهذا هو المهايأة.

وأما السنة لما روي أن رجلًا خطب تلك المرأة بين يدي رسول الله ﷺ، فقال له ﷺ: «**ماذا تصدقها؟**» قال: نصف إزاري هذا، قال: «**إذا جَلسْتَ يومًا في بيتِكَ لِتلبسهُ هي ولَبِسْتَ يومًا، وخَرَجْتَ فيه**»[١]، وهذا هو المهايأة هذا هو تفسير المهايأة.

ولأنه روي أن النبي ﷺ [قسم][٢] يوم بدر كل بعير بين ثلاثة نفر، وكانوا يتناوبون في الركوب، ولأن الحاجة ماسة إليها، فمتى كان الملك مشتركًا كان حق الانتفاع مشتركًا، وقد يكون المحل لا يقبل القسمة عينًا، ولا يحتمل

---

(١) أخرجه البخاري (٧/ ١٧ رقم ٥١٣٥)، ومسلم (٢/ ١٠٤٠ رقم ١٤٢٥) من حديث سهل بن سعد رضي الله عنه قال: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ، فقالت: إني وهبت من نفسي، فقامت طويلا، فقال رجل: زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة، قال: «هلْ عِندكَ مِنْ شَيْءٍ تصدُقُها؟» قال: ما عندي إلا إزاري، فقال: «إنْ أعطيتَها إيّاهُ جلستَ لا إزارَ لكَ، فالْتمِسْ شيئًا»......

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَأَشْبَهَ القِسْمَةَ. وَلِهَذَا يَجْرِي فِيهِ جَبْرُ القَاضِي كَمَا يَجْرِي فِي القِسْمَةِ، إِلَّا أَنَّ القِسْمَةَ أَقْوَى مِنهُ فِي اسْتِكْمَالِ المَنْفَعَةِ، لِأَنَّهُ جَمْعُ المَنَافِعِ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ، وَالتَّهَايُؤُ جَمْعٌ عَلَى التَّعَاقُبِ، وَلِهَذَا لَوْ طَلَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ القِسْمَةَ، وَالآخَرُ المُهَايَأَةَ يَقْسِمُ القَاضِي، لِأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي التَّكْمِيلِ. وَلَوْ وَقَعَتْ فِيمَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ ثُمَّ طَلَبَ أَحَدُهُمَا

الانتفاع على الاشتراك في زمان واحد فيحتاج إلى التهايؤ.

ثم اختلف العلماء في كيفية جوازها، قال بعضهم: إن جرت المهايأة في الجنس الواحد، والمنفعة متفاوتة تفاوتًا يسيرًا كما في الثياب والأراضي يعتبر إفرازًا من وجه، مبادلة من وجه، حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة، ولو طلب أحدهما، ولم يطلب الآخر قسمة الأصل أجبر على المهايأة.

وعند الشافعي: لم يجبر، وعنه في وجه يجبر.

وإن جرت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه، حتى لا يجوز من غير رضاهما؛ لما أن المهايأة قسمة المنافع، فتعتبر بقسمة الأعيان، وقسمة العين اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف، وفي الجنس المتحد إفراز من وجه، مبادلة من وجه كما بينا، فلا ينفرد أحدهما بالقسمة، ولكن أجبر عليه بطلب أحدهما؛ لأن التفاوت يسير، وكذا في قسمة المنافع.

وقيل: إن المهايأة في الجنس الواحد من الأعيان المتقاربة[1] تفاوتًا يسيرًا يعتبر إفرازًا من وجه، عارية من وجه؛ لأن المهايأة جائزة في الجنس الواحد، ولو كانت مبادلة من وجه لما جازت في الجنس الواحد؛ لأنها تكون مبادلة المنفعة بجنسها، وأنه يُحَرِّم النَّساءَ، والأول أصح؛ لأن العارية ما يكون بغير عوض، وهذا بعوض؛ لأن كل واحد يترك من المنفعة من نصيبه على صاحبه في نوبة صاحبه، وإنما يكون بشرطه أن يترك صاحبه عليه، في نوبته.

وإنما لم يُحَرِّم النَّساءَ؛ لأن القياس أن لا يحرم النساء بأحد وصفي علة الربا للنقد، لأن الدين مع العين مستويان في العدد، إلا أن للعين فضلًا في

---

(١) كذا في الأصول الخطية، ولعل صوابها: (المتفاوتة).

القِسْمَةَ، يَقْسِمُ وَتَبْطُلُ المُهَايَأَةُ، لِأَنَّهُ أَبْلَغُ، وَلَا يَبْطُلُ التَّهَايُؤُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَلَا بِمَوْتِهِمَا، لِأَنَّهُ لَوْ انْتَقَضَ لَاسْتَأْنَفَهُ الحَاكِمُ فَلَا فَائِدَةَ فِي النَّقْضِ ثُمَّ الِاسْتِئْنَافِ (وَلَوْ تَهَايَآ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ عَلَى أَنْ يَسْكُنَ هَذَا طَائِفَةً وَهَذَا طَائِفَةً، أَوْ هَذَا عُلُوَّهَا وَهَذَا سُفْلَهَا: جَازَ) لِأَنَّ القِسْمَةَ عَلَى هَذَا الوَجْهِ جَائِزَةٌ فَكَذَا المُهَايَأَةُ، وَالتَّهَايُؤُ فِي هَذَا الوَجْهِ إِفْرَازٌ لِجَمِيعِ الأَنْصِبَاءِ لَا مُبَادَلَةٌ، وَلِهَذِهِ لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّأْقِيتُ (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَسْتَغِلَّ مَا أَصَابَهُ بِالمُهَايَأَةِ، شُرِطَ ذَلِكَ فِي العَقْدِ أَوْ لَمْ يُشْتَرَطْ) لِحُدُوثِ المَنَافِعِ

الجودة؛ لأن العين أفضل من الدين وأجود منه، والجودة لا تحرم عند وجود وصفي علة الربا، فلأن لا تحرم عند وجود أحد وصفي علة ربا الفضل أَوْلَى، إلا أنا أثبتنا هذه الحرمة عند وجود أحد وصفي الربا بالنص بخلاف القياس، والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه، فيعمل في المبادلة من وجه بقضية القياس، كذا في المبسوط، والذخيرة.

قوله: (في طائفة)، أي: في ناحية من الدار ويجبر الممتنع بطلب أحدهما وبه قال الشافعي ومالك وفي المبسوط لو انهدم العلو فلصاحبه أن يسكن مع صاحب السفل لأنه إنما رضي لسقوط حقه في السفل بشرط سلامة سكنى العلو ولم يسلم فكان هو على حقه في السفل وورثته في ذلك بمنزلته.

قوله: (في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصباء) قيد به؛ لأنه إذا اتحد زمان الاستيفاء في مكانين يتحقق مع الإفراز، وأما إذا كان التهايؤ في الزمانين في مكان واحد لا يمكن جعله إفرازًا، بل يجعل كل كالمستقرض عن الآخر في نوبته، فكان مبادلة لا إفرازًا، ولهذا لا يشترط فيه التأقيت، وهذا إيضاح أيضًا أنها إفراز؛ إذ لو كان مبادلة لشرط التأقيت كما في الإجارة؛ لأنه تمليك المنافع بعوض كالإجارة.

قوله: (شرط ذلك في العقد أو لم يشترط)، هذا القيد احتراز عن قول أبي علي الشاشي فإنه قال: لو تهايأ بالسكنى ولم يشترطا الإجارة لم يملك كل واحد إجارة منزله؛ لأنه ذكر في بعض الروايات: تهايأ على أن يسكن هذا منزلًا معلومًا وهذا منزلًا معلومًا، وعلى [٢/ ٤٠٠/ أ] أن يؤاجر كل واحد منزله ويأكل

عَلَى مِلْكِهِ (وَلَوْ تَهَايَآ فِي عَبْدٍ وَاحِدٍ عَلَى أَنْ يَخْدُمَ هَذَا يَوْمًا وَهَذَا يَوْمًا، جَازَ)، وَكَذَا هَذَا فِي البَيْتِ الصَّغِيرِ (لِأَنَّ المُهَايَأَةَ قَدْ تَكُونُ فِي الزَّمَانِ، وَقَدْ تَكُونُ مِن حَيْثُ المَكَانُ) وَالأَوَّلُ مُتَعَيِّنٌ هاهُنَا (وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي التَّهَايُؤِ مِن حَيْثُ الزَّمَانُ وَالمَكَانُ فِي مَحَلٍّ يَحْتَمِلُهُمَا: يَأْمُرُهُمَا القَاضِي بِأَنْ يَتَّفِقَا) لِأَنَّ التَّهَايُؤَ فِي المَكَانِ أَعْدَلُ، وَفِي الزَّمَانِ أَكْمَلُ، فَلَمَّا اخْتَلَفَتْ الجِهَةُ لَا بُدَّ مِن الِاتِّفَاقِ (فَإِنْ اخْتَارَاهُ مِن حَيْثُ الزَّمَانِ يُقْرَعُ فِي البِدَايَةِ) نَفْيًا لِلتُّهَمَةِ (وَلَوْ تَهَايَآ فِي العَبْدَيْنِ عَلَى أَنْ يَخْدُمَ هَذَا هَذَا العَبْدُ، وَالآخَرَ الآخَرُ: جَازَ عِنْدَهُمَا) لِأَنَّ القِسْمَةَ عَلَى هَذَا الوَجْهِ جَائِزَةٌ عِنْدَهُمَا جَبْرًا مِن القَاضِي وَبِالتَّرَاضِي، فَكَذَا المُهَايَأَةُ. وَقِيلَ: عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَقْسِمُ القَاضِي. وَهَكَذَا رُوِيَ عَنْهُ لِأَنَّهُ لَا يَجْرِي فِيهِ الجَبْرُ عِنْدَهُ.

غلته، فهذا دليل على أنه لو لم يشترطا الإجارة لا يملك، إذ لو ملك لم يكن لاشتراط الإجارة فائدة.

قال شمس الأئمة: ظاهر المذهب أنه يملك الإجارة شَرَطا أوْ لَمْ يَشْتَرِطا؛ لأن المهايأة قسمة المنافع، فما يصيب كل واحد منهما يحصل مستحقًّا له باعتبار قديم ملكه؛ لأن المنفعة جنس واحد لا يتفاوت بمنزلة قسمة المكيل والموزون، فيملك الاعتياض عن المنفعة المملوكة شَرَطَ أو لمْ يَشْرِطْ، كذا في الذخيرة.

قوله: (في المكان أعدل) لأن كل واحد ينتفع في زمان واحد [من][1] غير تقديم لأحدهما على الآخر، (وفي الزمان أكمل) لأن كل واحد ينتفع بجميع الدار في نوبته، وفي المكان ينتفع بالبعض.

قوله: (على أن يخدم هذا) أي: هذا الشريك، وهذا في محل النصب بالمفعولية.

وقوله: (وهذا العبد) بالرفع وكذا الآخر بالنصب، والآخر الثاني بالرفع.

(جاز عندهما) أي: عند أبي يوسف، ومحمد، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (وهكذا روي عنه) أي: كما قال بعض المشايخ روي عنه.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَالأَصَحُّ: أَنَّهُ يَقْسِمُ القَاضِي عِنْدَهُ أَيْضًا، لِأَنَّ المَنَافِعَ مِن حَيْثُ الخِدْمَةُ قَلَّمَا تَتَفَاوَتُ، بِخِلَافِ أَعْيَانِ الرَّقِيقِ، لِأَنَّهَا تَتَفَاوَتُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا عَلَى مَا تَقَدَّمَ (وَلَوْ تَهَايَآ فِيهِمَا عَلَى أَنَّ نَفَقَةَ كُلِّ عَبْدٍ عَلَى مَنْ يَأْخُذُهُ: جَازَ) اسْتِحْسَانًا لِلْمُسَامَحَةِ فِي إِطْعَامِ المَمَالِيكِ، بِخِلَافِ شَرْطِ الكِسْوَةِ، لأنه لَا يُسَامَحُ فِيهَا (وَلَوْ تَهَايَآ فِي دَارَيْنِ عَلَى أَنْ يَسْكُنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا دَارًا: جَازَ، وَيُجْبِرُ القَاضِي عَلَيْهِ) وَهَذَا عِنْدَهُمَا ظَاهِرٌ، لِأَنَّ الدَّارَيْنِ عِنْدَهُمَا كَدَارٍ وَاحِدَةٍ.

وَقَدْ قِيلَ: لَا يُجْبِرُ عِنْدَهُ اعْتِبَارًا بِالقِسْمَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّهَايُؤُ فِيهِمَا أَصْلًا بِالجَبْرِ(*) لِمَا قُلْنَا، وَبِالتَّرَاضِي، لِأَنَّهُ بَيْعُ السُّكْنَى بِالسُّكْنَى، بِخِلَافِ

وحاصل مسائل التهايؤ في العبيد: هو أن التهايؤ في استخدام عبد واحد من غير استغلال يجوز بلا خلاف، وكذا في العبدين على الأصح يجوز بلا خلاف، وأما التهايؤ في العبد من حيث الاستغلال لا يجوز بالاتفاق، وفي العبيد من حيث الاستغلال [يجوز](١) عندهما خلافًا له على ما يجيء.

قوله: (تهايآ في دارين) أي: على السكنى والغلة، وبقولهما قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (وقد قيل) وهو قول الكرخي.

قوله: (لما قلنا) وهو قوله: (اعتبارًا بالقسمة).

(لأنه بيع السكنى) أي: التهايؤ في الدارين بيع السكنى بالسكنى، وهو غير جائز على ما مر في الإجارات، وقد ذكرنا جواب هذا في ظاهر الرواية من الذخيرة أن حرمة النَّساءِ عند وجود أحد وصفي الربا، بخلاف القياس إلى آخر ما ذكرنا.

وفي الإيضاح: وذهب(٢) أبو الحسن إلى أن معنى قول أبي حنيفة أن الدُّور لا تقسم معناه أن لا يفعل القاضي، فلو فعل جاز، فعلى هذا القول القسمة في الأصول جائز، فكذا في المهايأة.

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) في الأصل: (وذكر)، والمثبت من النسخة الثانية.

قِسْمَةِ رَقَبَتِهِمَا، لِأَنَّ بَيْعَ بَعْضُ أَحَدِهِمَا بِبَعْضِ الآخَرِ جَائِزٌ. وَجْهُ الظَّاهِرِ: أَنَّ التَّفَاوُتَ يَقِلُّ فِي المَنَافِعِ، فَيَجُوزُ بِالتَّرَاضِي، وَيَجْرِي فِيهِ جَبْرُ القَاضِي، وَيُعْتَبَرُ إِفْرَازًا، أَمَّا التَّفَاوُتُ فيكثر فِي أَعْيَانِهِمَا فَاعْتُبِرَ مُبَادَلَةً (وَفِي الدَّابَّتَيْنِ: لَا يَجُوزُ التَّهَايُؤُ عَلَى الرُّكُوبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا: يَجُوزُ) اعْتِبَارًا بِقِسْمَةِ الأَعْيَانِ.

وَلَهُ: أَنَّ الِاسْتِعْمَالَ يَتَفَاوَتُ بِتَفَاوُتِ الرَّاكِبِينَ فَإِنَّهُمْ بَيْنَ حَاذِقٍ وَأَخْرَقَ. وَالتَّهَايُؤُ فِي الرُّكُوبِ فِي دَابَّةٍ وَاحِدَةٍ عَلَى هَذَا الخِلَافِ لِمَا قُلْنَا، بِخِلَافِ العَبْدِ، لِأَنَّهُ يَخْدُمُ بِاخْتِيَارِهِ، فَلَا يَتَحَمَّلُ زِيَادَةً عَلَى طَاقَتِهِ وَالدَّابَّةُ تَحْمِلُهَا. وَأَمَّا التَّهَايُؤُ فِي الِاسْتِغْلَالِ يَجُوزُ فِي الدَّارِ الوَاحِدَةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَفِي العَبْدِ الوَاحِدِ وَالدَّابَّةِ الوَاحِدَةِ: لَا يَجُوزُ، وَوَجْهُ الفَرْقِ: هُوَ أَنَّ النَّصِيبَيْنِ يَتَعَاقَبَانِ فِي الِاسْتِيفَاءِ، وَالِاعْتِدَالُ ثَابِتٌ فِي الحَالِ. وَالظَّاهِرُ بَقَاؤُهُ فِي العَقَارِ، وَتَغَيُّرُهُ فِي الحَيَوَانِ لِتَوَالِي أَسْبَابِ التَّغَيُّرِ عَلَيْهِ فَتَفُوتُ المُعَادَلَةُ. وَلَوْ زَادَتْ الغَلَّةُ فِي نَوْبَةِ أَحَدِهِمَا ....

قوله: (يقل[1] في المنافع) لأن السكنى يعتبر فيه الصلاحية، وقلما يقع فيه التفاوت، فصارت الدور كالأعيان المتقاربة في حق التهايؤ، فيجري فيه الجبر.

قوله: (ويعتبر إفرازًا) وهذا جواب عما روي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز.

(أما بكثير التفاوت) تقديره: أما التفاوت فيكثر في الأعيان؛ لأن قسمة الأعيان باعتبار القيمة، وقيمة البناء تختلف اختلافًا بَيِّنًا، فيكثر التفاوت، فالتحق بالأعيان المختلفة في حق القسمة، فصارت مبادلة فلا يجبر.

قوله: (أخرق) في المغرب: رجل أَخْرَق: أي: أحمق.

قوله: (تَحمِلُها) على صيغة بناء المفعول، وبقولهما قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (ولو زادت الغلة) أي: في الدار الواحدة.

وفي الذخيرة: أغلت إحدى الدارين دون الأخرى، وليس الذي[2] لم تَغْلُ دارُهُ أن يشارك الآخر في الغلة؛ لأن الذي أغلت إنما أغلت لنفسه دون شريكه،

---

(١) في الأصل (نقلت) وعليها علامة ضرب لم تبين المراد، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٢) كذا في الأصول الخطية، ولعل صوابها: (للذي).

عَلَيْهَا فِي نَوْبَةِ الآخَرِ، يَشْتَرِكَانِ فِي الزِّيَادَةِ لِيَتَحَقَّقَ التَّعْدِيلُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ التَّهَايُؤُ عَلَى الْمَنَافِعِ فَاسْتَغَلَّ أَحَدُهُمَا فِي نَوْبَتِهِ زِيَادَةً، لِأَنَّ التَّعْدِيلَ فِيمَا وَقَعَ عَلَيْهِ التَّهَايُؤُ حَاصِلٌ، وَهُوَ الْمَنَافِعُ، فَلَا تَضُرُّهُ زِيَادَةُ الِاسْتِغْلَالِ مِن بَعْدُ (وَالتَّهَايُؤُ عَلَى الِاسْتِغْلَالِ فِي الدَّارَيْنِ جَائِزٌ) أَيْضًا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِمَا بَيَّنَّا، وَلَوْ فَضَلَ غَلَّةُ أَحَدِهِمَا، لَا يَشْتَرِكَانِ فِيهِ بِخِلَافِ الدَّارِ الْوَاحِدَةِ. وَالفَرْقُ: أَنَّ فِي الدَّارَيْنِ مَعْنَى التَّمْيِيزِ، وَالإِفْرَازُ رَاجِحٌ لِاتِّحَادِ زَمَانِ الِاسْتِيفَاءِ، وَفِي الدَّارِ الوَاحِدَةِ يَتَعَاقَبُ الوُصُولُ فَاعْتُبِرَ قَرْضًا، وَجُعِلَ كُلُّ وَاحِدٍ فِي نَوْبَتِهِ كَالوَكِيلِ عَنْ صَاحِبِهِ، فَلِهَذَا يَرُدُّ عَلَيْهِ حِصَّتَهُ مِن الفَضْلِ، وَكَذَا يَجُوزُ فِي العَبْدَيْنِ عِنْدَهُمَا، اعْتِبَارًا بِالتَّهَايُؤِ فِي

فلو أجَّرها بغير إذن شريكه كانت الغلة له، فبإذنه كذلك، وتكون الغلة طَيِّبًا له؛ لأن الإجارة حصلت بإذن الشريك، وفي الدار الواحدة إذا تهايآ في الغلة فأغلت في نوبة أحدهما أكثر فالفضل بينهما؛ لأن معنى الإفراز في القسمة في الدارين أرجح على معنى أن كل واحد يصل إلى المنفعة، والغلة في الوقت الذي يصل إليه صاحبه مما يستوفيه كل واحد عوض عن قديم ملكه استوجبه بعقده، فيسلم له.

وفي الدار الواحدة إذا تهايآ في الاستغلال زمانًا، وأحدهما يصل إلى الغلة قبل وصول الآخر إليها، وذلك لا يكون قضية للقسمة، فيجعل كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في إجارة نصيب صاحبه، وما يقبضه كل واحد يجعل عوضًا فيما يقبضه صاحبه من عوض نصيبه، والمعاوضة تقتضي المساواة، فعند التفاضل يثبت التراجع فيما بينهما ليستويا، وبه قال الشافعي في قول.

قوله: (غلتها في نوبة) أي: على الغلة.

وقوله: (لما بينّا) إشارة إلى قوله: **(والاعتدال ثابت في الحال)**[1] إلى آخره.

قوله: (وكذا يجوز في العبدين) أي: يجوز التهايؤ في استغلال العبدين عندهما، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

---

(١) انظر المتن ص ٧٨٣.

الْمَنَافِعِ، وَلَا يَجُوزُ عِنْدَهُ، لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِي أَعْيَانِ الرَّقِيقِ أَكْثَرُ مِنهُ مِن حَيْثُ الزَّمَانُ فِي الْعَبْدِ الْوَاحِدِ فَأَوْلَى أَنْ يَمْتَنِعَ الْجَوَازُ، وَالتَّهَايُؤُ فِي الْخِدْمَةِ جُوِّزَ ضَرُورَةً، وَلَا ضَرُورَةَ فِي الْغَلَّةِ لِإِمْكَانِ قِسْمَتِهَا لِكَوْنِهَا عَيْنًا، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ هُوَ التَّسَامُحُ فِي الْخِدْمَةِ وَالِاسْتِقْصَاءُ فِي الِاسْتِغْلَالِ فَلَا يَنْقَسِمَانِ (وَلَا يَجُوزُ فِي الدَّابَّتَيْنِ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا) وَالْوَجْهُ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الرُّكُوبِ (وَلَوْ كَانَ نَخْلٌ أَوْ شَجَرٌ، أَوْ غَنَمٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَتَهَايَآ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا طَائِفَةً يَسْتَثْمِرُهَا، أَوْ يَرْعَاهَا وَيَشْرَبُ أَلْبَانَهَا: لَا يَجُوزُ)

قوله: (**أكثر منه**) أي: من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد، ثم التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز [٢/ ٤٠٠/ب] بالاتفاق، فأولى أن لا يجوز في العبدين التهايؤ في الاستغلال، وهما يقولان: معنى القسمة والتمييز يترجح في غلة العبدين؛ لأن كل واحد يصل إلى نصيبه في الوقت الذي يصل إليه صاحبه، فيجوز ذلك كما في التهايؤ في الخدمة، وفي غلة الدارين.

فأما في العبد الواحد معنى المعاوضة يغلب، كأنه يصل أحدهما إلى الغلة قبل وصول الآخر، وفيه معنى الخطر فربما يمرض العبد في نوبة الآخر؛ فيعجز عن الخدمة، وربما يمتنع من الخدمة بدعوى الحرية، ومعنى الخطر في المعاوضة مبطل، وبه فارق غلة الدار الواحدة؛ لأن الغالب فيها السلامة، كذا في المبسوط.

وقوله: (**والتهايؤ في الخدمة جُوِّزَ ضرورة**) هذا جواب إشكال يرد على قوله: (**لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر**) إلى آخره، بأن قيل: لو كان كذلك لما جاز في الاستخدام، وحيث يجوز التهايؤ في استخدام العبد الواحد بالاتفاق في جميع الروايات، وفي العبدين على الأصح على ما مر فقال في جوابه: (**والتهايؤ في الخدمة جُوِّزَ ضرورة**) لعدم إمكان قسمتها.

(**ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها**) أي: قسمة الغلة يعني لكون الغلة عينا، وفي بعض النسخ (لكونه) على تأويل الآخر.

وفي الكافي: هاهنا ثنتا عشرة مسألة، في ثنتين لا يصح بالاتفاق، وفي ستة يصح بالاتفاق، وفي أربعة خلاف.

قوله: (**والوجه ما بيناه في الركوب**) وهو قوله: (وعندهما يجوز اعتبارًا

لِأَنَّ المُهَايَأَةَ فِي المَنَافِعِ ضَرُورَةٌ أَنَّهَا لَا تَبْقَى فَيَتَعَذَّرُ قِسْمَتُهَا، وَهَذِهِ أَعْيَانٌ بَاقِيَةٌ تَرِدُ عَلَيْهَا القِسْمَةُ عِنْدَ حُصُولِهَا. وَالحِيلَةُ أَنْ يَبِيعَ حِصَّتَهُ مِن الآخَرِ، ثُمَّ يَشْتَرِيَ كُلَّهَا بَعْدَ مُضِيِّ نَوْبَتِهِ أَوْ يَنْتَفِعَ بِاللَّبَنِ بِمِقْدَارٍ مَعْلُومٍ اسْتِقْرَاضًا لِنَصِيبِ صَاحِبِهِ، إِذْ قَرْضُ المُشَاعِ جَائِزٌ.

بقسمة الأعيان، وله أن الاستعمال يتفاوت) إلى آخره.

قوله: (ترد القسمة عليها) أي: على الأعيان، فلم تتحقق الضرورة؛ فلا يجوز التهايؤ لذلك.

فإن قيل: يشكل بما إذا تهايآ في ألبان جاريتين مشتركتين بينهما على أن ترضع هذه ابن هذا والأخرى ابن آخر سنتين حيث يجوز، ذكره في الذخيرة، مع أن اللبن عين.

قلنا: ألبان بني آدم بمنزلة المنافع؛ لأنها لا قيمة لها إلا عند العقد بطريق التبعية؛ فتحققت الضرورة كما في الخدمة.

أما ألبان الحيوانات أعيان، ولها القيمة بلا عقد فلم تجز المهايأة فيها، إليه أشار في الذخيرة.

وفيها أمة بين رجلين، خاف كُلٌّ صاحِبَهُ عليها، فقال أحدهما: عندك يومًا، وقال الآخر: بل نضعها على يدي عدل يَجْعَلُ عند كل واحد منهما يومًا، ولا توضع على يدي عدل.

قال مشايخنا: يحتاط في باب الفروج في جميع المواضع إلا في هذه، فإنه لا يحتاط لحشمة ملكه.

قوله: (أن يبيع حصته) أي: من الشجر، والغنم.

كِتَابُ المُزَارَعَةِ

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: المُزَارَعَةُ بِالثُّلُثِ وَالرُّبُعِ بَاطِلَةٌ) ....

كِتَابُ الْمُزَارَعَةِ

لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما تقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها، ثم المزارعة من المكاسب، فكانت المحاسن والأسباب المذكورة في البيوع مذكورة هنا، وما ذكر في الكتاب من معنى المزارعة لغةً وشرعًا أغنانا عن ذكره، وما سوى ذلك ظاهر.

قوله: **(أبو حنيفة رحمه الله المزارعة باطلة)**، وبه قال الشافعي، ومالك.

وفي الحلية: لا تجوز المزارعة على بياض أرض لا شجر فيها، والمزارعة والمخابرة واحدة، وبه قال أبو حنيفة، وهو قول مجاهد، والنخعي، وعكرمة، وابن عباس في رواية.

ومن أصحابنا من قال: المزارعة غير المخابرة، فالمخابرة: أن يكون من رب الأرض ومن الأكَّار البدل والعمل، والمزارعة: أن تكون الأرض والبذر من واحد والعمل من آخر[1].

وفي التنبيه: تجوز المزارعة على الأرض التي بين النخيل للساقية على النخل، ويزارعه على الأرض، ويكون البذر من صاحب الأرض تبعًا للمساقاة[2].

وقيل: إن كان النخل قليلًا والبياض كبير لم يجز.

قوله: **(بالثلث والربع)** قيد به مع أنها لا تجوز عنده في جميع الصور تبركًا

(١) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للشاشي (٥/ ٣٨٧).
(٢) التنبيه في الفقه الشافعي للشيرازي (ص ١٢٢).

اعْلَمْ أَنَّ الْمُزَارَعَةَ لُغَةً: مُفَاعَلَةٌ مِن الزَّرْعِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ: هِيَ عَقْدٌ عَلَى الزَّرْعِ بِبَعْضِ الخَارِجِ. وَهِيَ فَاسِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: هِيَ جَائِزَةٌ(*) لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ عَلَى نِصْفِ مَا يَخْرُجُ مِن ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ»، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ شَرِكَةٍ بَيْنَ المَالِ وَالعَمَلِ، فَيَجُوزُ اعْتِبَارًا بِالْمُضَارَبَةِ، وَالجَامِعُ دَفْعُ الحَاجَةِ، فَإِنَّ ذَا المَالِ قَدْ لَا يَهْتَدِي إِلَى العَمَلِ، وَالقَوِيُّ عَلَيْهِ لَا يَجِدُ المَالَ، فَمَسَّتْ الحَاجَةُ إِلَى انْعِقَادِ هَذَا العَقْدِ بَيْنَهُمَا، بِخِلَافِ دَفْعِ الغَنَمِ وَالدَّجَاجِ وَدُودِ القَزِّ مُعَامَلَةً بِنِصْفِ الزَّوَائِدِ، ....

بلفظ الحديث، فإنه جاء في الحديث نهي عن المخابرة، قيل: وما المخابرة قال: (المزارعة بالثلث والربع) وخص في الحديث لمكان العادة في ذلك الوقت، أو قال ذلك لبيان التقدير، فالمزارعة فاسدة بالإجماع.

قوله: [وقالا][١] أي: أبو يوسف ومحمد جائز، وبه قال أحمد إذا كان البذر من صاحب الأرض، وكثير من أهل العلم، وعلي، وسعد، وابن مسعود، وآل أبي بكر، وآل علي، وعمر بن عبد العزيز، وابن سيرين، وابن المسيب، وطاوس، وعبد الرحمن بن الأسود، وموسى بن طلحة، والزهري، [٢/ ٤٠١/أ] وعبد الرحمن بن أبي ليلى، وابنه ومعاذ، والحسن، وعبد الرحمن بن يزيد، لما روي أنه ﷺ «**عاملَ أهلَ خيبرَ بشطرٍ ما يخرجُ منها من زرعٍ وثمرٍ**»، متفق عليه[٢].

ثم بعد النبي ﷺ عامل أبو بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، ثم أهلوهم إلى اليوم، وكان النبي ﷺ يعطي أزواجه مائة وسق من خيبر، ثمانون وسقًا تمرًا، وعشرون وسقًا شعيرًا، فقسم عمر خيبر فخير أزواجه ﷺ بين أن يقطع لهن من الماء والأرض أو يمضي لهن الوسق، فمنهن من اختار الأرض، ومنهن من

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ١٠٤ رقم ٢٣٢٨) ومسلم (٣/ ١١٨٦ رقم ١٥٥١) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

لِأَنَّهُ لَا أَثَرَ هُنَاكَ لِلْعَمَلِ فِي تَحْصِيلِهَا، فَلَمْ تَتَحَقَّقْ شَرِكَةٌ. وَلَهُ: مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ

اختار الوسق، فكانت عائشة رضي الله عنها اختارت الأرض.

(لأنه) أي: الزوائد على تأويل الزائد (لا أثر هناك للعمل) أي: لعمل الراعي والحافظ.

(فيها) أي: في الزوائد، بل تحصل الزيادة بالسقي والرعي والحيوان يباشرها باختياره فيضاف إليه؛ لأنه فعل فاعل مختار ولا يضاف إلى غيره، فلم تبق شركة مع أنه ليس في ذلك العقد عرف ظاهر، فأما هاهنا فلعمل الزارع تأثير في تحصيل الخارج، والعرف ظاهر في عامة البلدان فافترقا.

ولأبي حنيفة رحمه الله ما روى رافع بن خديج قال: كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ، فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعًا، وطواعية رسول الله ﷺ أنفع، قلنا: ما ذاك؟ قال: قال رسول الله ﷺ: «**مَنْ كانَ لهُ أرضٌ فَلْيزرَعْها ولَا يُكرِيها بِثُلُثٍ ولَا بِرُبُعٍ ولَا بِطعامٍ مُسَمَّى**»[١].

وعن [ابن][٢] عمر قال: ما كنا نرى بالمزارعة بأسًا حتى سمعت رافع بن خديج يقول: نهى رسول الله ﷺ[٣].

قال جابر: نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة، وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها[٤].

والمُخابَرَة: المزارعة، واشتقاقها من الخَبَار، وهي الأرض اللينة، والخَبير: الأَكَّار؛ لمعالجته الخَبَارَ.

وروى البخاري تفسير المخابرة بالمزارعة عن زيد بن ثابت، وأبو داود بإسناده عن زيد قال: نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة، قلت: وما المخابرة؟

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٥٩ رقم ٣٣٥٩)، والنسائي (٧/ ٤٢ رقم ٣٨٩٧)، وابن ماجه (٢/ ٨٢٣ رقم ٢٤٦٥) من حديث رافع بن خديج رضي الله عنه.
وأخرجه مسلم (٣/ ١١٨٠ رقم ١٥٤٧) من وجه آخر بنحوه مختصرًا.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١١٧٩ رقم ١٥٤٧).

(٤) أخرجه البخاري (٣/ ١١٥ رقم ٢٣٨١) ومسلم (٣/ ١١٧٤ رقم ١٥٣٦) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ الْمُخَابَرَةِ» وَهِيَ الْمُزَارَعَةُ، وَلِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِن عَمَلِهِ، فَيَكُونُ فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ، وَلِأَنَّ الأَجْرَ مَجْهُولٌ أَوْ مَعْدُومٌ وَكُلُّ ذَلِكَ مُفْسِدٌ، وَمُعَامَلَةُ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَهْلَ خَيْبَرَ كَانَ خَرَاجَ مُقَاسَمَةٍ بِطَرِيقِ

قال: أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع.

(ولأنه) أي: عقد المزارعة (استئجار ببعض ما يخرج) بدليل أنه لا يصح بدون ذكر المدة، وذلك من خصائص الإجارة، فيكون في معنى قفيز الطحان، وقد نهى النبي ﷺ عنه، وقد مر صورته في الإجارة.

(ولأن الأجر معدوم) أي: على تقدير أن لا يخرج من الأرض شيء، أو أصابته آفة، أو أن ذلك الأجر لا يثبت في الذمة؛ فيكون معدومًا بخلاف ما لو استأجر شيئًا، وليس في ملكه شيء لوجود الأجر في الذمة.

قوله: (أو مجهول) على تقدير وجود الخارج؛ لعدم العلم بأن الثلث أو الربع أي: مقدار من الأقفزة عشرة أو أقل أو أكثر، وعلى التقديرين في وجود الأجرة خطر، وكل واحد من المعنيين يمنع صحة الإجارة.

قوله: (ومعاملة النبي ﷺ أهل خيبر كان خراج مقاسمة) فإن الخراج نوعان:

خراج وظيفة: وهو أن يوظف الإمام كل سنة على مال كما صالح النبي ﷺ بني نجران كل سنة بألف ومائتي حُلَّة، ستمائة في رجب وستمائة في محرم.

وخراج مقاسمة: وهو أن يقسم الإمام ما يخرج من الأرض كما صالح رسول الله ﷺ مع أهل خيبر على أن للمسلمين النصف من ثمارهم وزروعهم ولهم النصف، وبعث ابن رواحة فَخَرَصها[١].

أو بطريق المَنِّ، وللإمام رأي في الأرض الممنون بها على أهلها إن شاء جعل عليها خراج الوظيفة، وإن شاء جعل خراج المقاسمة، وله أن يأخذ الكل

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٦٣ رقم ٣٤١٠)، وابن ماجه (١/ ٥٨٢ رقم ١٨٢٠) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

الْمَنِّ وَالصُّلْحِ، وَهُوَ جَائِزٌ ....

فعلم أن الشطر الذي يدفع النبي ﷺ إليهم بطريق المعونة وللإمام رأي فيه، كذا ذكره المحبوبي.

وقد أجمعنا على أن المزارعة لا تصح إلا ببيان المدة المعلومة، وقد صح أنه ﷺ قال لأهل خيبر: «**أُقِرُّكُم ما أَقَرَّكُم اللهُ، آمرُكُم علَى ما أمَرَكُم اللَّهُ**»[1]، ولم يبين مدة معلومة، فلم يدل على صحة المزارعة الحديث؛ فلم يبق حجة.

قال ابن قدامة في المغني[2]: أحاديث رافع مضطربة، تارة يحدث عن بعض عمومته، ومرة عن سَماعِهِ، وتارة يقول: أخبرني عَمَّايَ، فإذا كانت أخبار رافع هكذا وجب طرحها، ويعمل بالحديث الوارد في شأن خيبر، ولأن حديثه فُسِّر بما لا يختلف في فساده، فإنه قال: كنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه، فربما أخرجت هذه [ولم تخرج هذه][3] فنهانا عن ذلك.

فأما [٢/ ٤٠١/ب] الذهب والورق لم يَنْهَنا، متفق [عليه][4]، وفي لفظة: فأما بشيء معلوم مضمون فلا بأس، وهذا خارج عن محل الخلاف، فلا دليل ولا تعارض، ولأن خبره ورد في الكراء بالثلث أو بالربع، والنزاع في المزارعة، وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضًا؛ لأن القصة واحدة رويت بألفاظ مختلفة، فيجب تفسيره بما يوافق الآخر.

ولأنه لو صح خبره، وامتنع تأويله، وتعذر الجمع لوجب حمله على أنه منسوخ، وحديث خيبر إن [صح][5] يستحيل القول بنسخه؛ لأنه عمل به الخلفاء الراشدون بعد النبي ﷺ ولا نسخ بعده.

وأما حديث جابر في النهي عن المخابرة يجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها حديث رافع، فإنه روى حديث خيبر أيضًا، فيجب الجمع بين حديثيه

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٩٢ رقم ٢٧٣٠) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
(٢) المغني لابن قدامة (٥/ ٣١٠، ٣١٩).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخًا بقصة خيبر، وكذا القول في حديث زيد بن ثابت.

ولو قال أصحاب الشافعي: تحمل أحاديثكم على الأرض التي بين النخيل وأحاديث [النهي](١) على الأرض البيضاء جمعًا بينهما.

قلنا: هذا بعيد؛ لأن خراج خيبر أربعون ألف وسق، فينبغي أن تكون بلدة كبيرة والرواة رَوَوُا القصة على العموم من غير تفصيل، ولأن ما ذكروه يفضي إلى تقييد كل واحد من الحديثين، وما ذكرناه حَمْلٌ لأحدهما أجيب عن كلامه أن ما ذكرته غيرُ مُسَلَّم؛ لما ذكرنا أن حديث خيبر لا يدل على جواز عقد المزارعة، وذلك بطريقِ الجزية أو خراج المقاسمة.

وما قال أن حديث رافع مضطرب غير قوي؛ لأن الحديث بالاضطراب في ألفاظه مرةً كذا، ومرةً كذا لا يُردّ، وما قال من النسخ ليس بصحيح؛ لأن النسخ يقتضي المعارضة، وحديث خيبر لا يدل على جواز المزارعة، فكيف التعارض؟

وقوله: "خارج عن محل الخلاف" غير صحيح؛ لأن الخلاف في النهي لا بالكراء بشيء معلوم، وفي الجملة جواب كلامه أن حديث خيبر لا يدل على جواز المزارعة؛ لما ذكرنا، وإنما أوَّلَهُ أصحابُ الشافعي على تقدير التّسليم؛ لما أن النهي جاء في المزارعة بلفظها صريحًا.

وفي الإيضاح: ولا يصح الاستدلال بالمضاربة؛ لأن معنى الشركة فيها أغلب حتى صح عقد المضاربة بدون ضرب المدة، فيكون الربح متولدًا من العمل والمال جميعًا، وعقد الشركة ينعقد على محض العمل كما في شركة الأعمال، وفي المزارعة معنى الإجارة أغلب على شرط بيان المدة فيها، فلم تكن المضاربة نظير المزارعة.

وفي الكافي: والحيلة في جواز المزارعة والمساقاة عند أبي حنيفة رحمه الله أن يستأجرَ ربُّ الأرضِ العاملَ بأجرٍ معلومٍ إلى مدةٍ معلومة، فإذا

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَإِذَا فَسَدَتْ عِنْدَهُ، فَإِنْ سَقَى الأَرْضَ وَكَرَبَهَا وَلَمْ يَخْرُجْ شَيْءٌ: فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى إِجَارَةٍ فَاسِدَةٍ، وَهَذَا إِذَا كَانَ البَذْرُ مِن قِبَلِ صَاحِبِ الأَرْضِ.

وَإِذَا كَانَ البَذْرُ مِن قِبَلِهِ فَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ الأَرْضِ، وَالخَارِجُ فِي الوَجْهَيْنِ لِصَاحِبِ البَذْرِ، لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِ وَلِلْآخَرِ الأَجْرُ كَمَا فَصَّلْنَا، إِلَّا أَنَّ الفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِما، لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهَا، وَلِظُهُورِ تَعَامُلِ الأُمَّةِ بِهَا. وَالقِيَاسُ يُتْرَكُ بِالتَّعَامُلِ كَمَا فِي الِاسْتِصْنَاعِ (ثُمَّ المُزَارَعَةُ لِصِحَّتِهَا عَلَى قَوْلِ مَنْ يُجِيزُهَا شُرُوطٌ: أَحَدُهَا: كَوْنُ

مضت المدة يستوجب الأجر، سواء حصل الخارج أو لا، ثم يتراضيان بعد الخارج فيجوز ذلك.

قوله: (وإذا فسد عنده) أي: إذا فسد عقد المزارعة عند أبي حنيفة.

(لأنه) [أي][1]: عقد المزارعة في معنى إجارة فاسدة.

(لأنه نماء ملكه) أي: ملك صاحب البذر ولا يلزم ما لو غصب البذر وزرع، فالخارج للزارع لا لصاحب البذر؛ لأنه نماء ملكه؛ لأن الغاصب هذا عامل لنفسه باختياره وكسبه، فإضافة الحادث وهو الخارج إلى عمله أولى، أما هاهنا فالعامل عامل لغيره بأمره، فيجعل العمل مضافًا إلى الآمر، فيبقى البذر أصلًا كما لو وقع البذر بنفسه ونبت، كذا في الإيضاح.

وقوله: (كما فصلنا) إشارة إلى قوله: (إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض) إلى آخره.

قوله: (كما في الاستصناع)، فإن قيل: التعامل على خلاف النص باطل.

قلنا: [النصوص][2] الواردة في المجتهدات صور النصوص وإلا لا يحل لأحد الخلاف فيها، أو تحمل النصوص على ما إذا شرط شرطًا مفسدًا، ولما روي أنهم كانوا يشترطون فيها شيئًا معلومًا من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك، وذلك مفسد عندهما.

وقد روى الطحاوي عن زيد بن ثابت أنه قال: "يغفر الله لرافع بن خديج

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الأَرْضِ صَالِحَةً لِلزِّرَاعَةِ) لِأَنَّ المَقْصُودَ لَا يَحْصُلُ بِدُونِهِ (وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ رَبُّ الأَرْضِ وَالمُزَارِعُ مِن أَهْلِ العَقْدِ، وَهُوَ لَا يَخْتَصُّ بِهِ) لِأَنَّهُ عَقَدَ مَا لَا يَصِحُّ إِلَّا مِن الأَهْلِ (وَالثَّالِثُ: بَيَانُ المُدَّةِ) ....

أنا والله أعلم بالحديث منه، وإنما جاء رجلان من الأنصار إلى النبي ﷺ قد اقتتلا فقال ﷺ «**إنْ كانَ هَذا شَأنُكُمْ فَلا تكْرُوا الأرْضَ**»[(١)] فعلم أن الكراهة لنفي الشر بينهم، وكأن الطحاوي رجح قولهما، وهكذا أكثر أصحاب الحديث.

قوله: (والثالث: بيان المدة) ذكر بيان المدة مطلقًا، ولم يبين مقداره، ولا شك أن المدة القليلة التي لا تصلح للزراعة لا تصح لعدم الفائدة، ولا مدة طويلة لا يعيشان إليها كانت بمنزلة التأبيد فلا يصح أيضًا، فلا بد من ذكر مقدار المدة.

وفي الذخيرة: ومن الشرائط بيان المدة يقول إلى سنة أو سنتين وما أشبهه، [٢/ ٤٠٢/أ] ولو بَيَّنَ وقتًا لا يُدرِكُ الزرع فيها تفسد المزارعة، وكذا لو بين مدة لا يعيش أحدهما إليها غالبًا تفسد أيضًا؛ لأنه يصير في معنى اشتراط العقد إلى ما بعد الموت.

وذكر أبو علي النسفي: مشايخنا قالوا: في الإجارة الرسمية التي تعقد إلى ثلاثين سنة إن كان لا يتوهم حياة العاقدين إليها غالبًا بأن كانا كبيرين أو أحدهما لم يجز؛ لأن الغالب كالمتيقن كما في المفقود[(٢)] يحكم بموته بموت أقرانه بحسب الغالب، وإن كان في قدرة الله تعالى أن يعيش إلى آخر الدهر.

وقال الخصاف: وبعض المشايخ أجاز ذلك كما في النكاح إذا بَيَّنَ مدة سنة فلا يصح ذلك في ظاهر الرواية، ويجعل ذلك بمنزلة نكاح مؤقت.

وعن محمد بن سلمة أن المزارعة بلا بيان المدة تصح، وتقع على زرع واحد، واختاره أبو الليث، وبه قال أبو ثور.

وعن أحمد يجوز بلا بيان المدة؛ لأنها عقد جائز غير لازم، وعند أكثر

---

(١) شرح معاني الآثار (٤/ ١١٠ رقم ٥٩٣٧)، وشرح مشكل الآثار (٧/ ١١٥ رقم ٢٦٩٠).
(٢) في الأصل: (المقصود)، والمثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنَافِعِ الأَرْضِ، أَوْ مَنَافِعِ العَامِلِ،وَالمُدَّةُ هِيَ المِعْيَارُ لَهَا لِيُعْلَمَ بِهَا (وَالرَّابِعُ: بَيَانُ مَنْ عَلَيْهِ البَذْرُ) قَطْعًا لِلْمُنَازَعَةِ وَإِعْلَامًا لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَهُوَ مَنَافِعُ

الفقهاء لازم.

قوله: (**لأنه**) أي: عقد المزارعة (**عقد على منافع الأرض**) أي: إن كان البذر من العامل أو (**منافع العامل**) أي: إن كان البذر من صاحب الأرض وبه صرح في المبسوط.

(**والمدة هي المعيار لها**) أي: للمنافع (**ليعلم**) أي: العقد (**بها**) أي: بالمدة.

وفي المبسوط: المدة معيار للمنفعة كالكيل، وهذا بخلاف المضاربة، فإن هناك المال بالتصرف لا يصير مستهلكًا، فلا حاجة إلى إثبات صفة اللزوم لذلك العقد، وهنا البذر يصير مستهلكًا، فيحتاج إلى القول باللزوم؛ لدفع الضرر من الجانبين، ولا يكون ذلك إلا بعد إعلام المعقود عليه، وهو منافع الأرض أو منافع العامل إن كان من جهة رب الأرض.

قوله: (**الرابع: بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة**)؛ لأن المعقود عليه يختلف باختلافه كما ذكرنا، ولا بد من بيان المعقود عليه؛ لأن جهالته تفضي إلى المنازعة، وهذا إذا لم يذكرا لفظًا يدل على أن البذر مِنْ قِبَلِ مَنْ هو؟ أما إذا ذكرا لفظًا يدل عليه، فذلك يكفي.

ذكر ابن رستم عن محمد: من قال لغيره: أجَّرتُك أرضي هذه سنة بالنصف، أو قال: بالثلث، جاز، والبذر على المزارع؛ لأن الأجرة تكون على المستأجر، فهذا بيان أن البذر على المزارع، ولو قال: أجرتك لتزرع أرضي هذه بالثلث جاز، والبذر على رب الأرض.

أما لو قال: أرضي إليك مزارعة بالثلث لا يجوز؛ إذ ليس فيه بيان من عليه البذر.

وعن بعض مشايخ بلخ: بيان من عليه البذر إنما يشترط في موضع ليس فيه عرف ظاهر أن البذر علَى مَنْ؟ أما إذا كان العرف مشتركًا، أو موضع فيه عرف ظاهر لا يشترط؛ لأن المعروف كالمشروط، كذا في الذخيرة.

الأَرْضِ، أَوْ مَنَافِعُ العَامِلِ.

(وَالخَامِسُ: بَيَانُ نَصِيبِ مَنْ لَا بَذْرَ مِن قِبَلِهِ) لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ عِوَضًا بِالشَّرْطِ، فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا، وَمَا لَا يُعْلَمُ لَا يُسْتحَقُّ شَرْطًا بِالعَقْدِ. (وَالسَّادِسُ: أَنْ يُخَلِّيَ رَبُّ الأَرْضِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ العَامِلِ، حَتَّى لَوْ شَرَطَ عَمَلَ رَبِّ الأَرْضِ يَفْسُدُ العَقْدُ) لِفَوَاتِ التَّخْلِيَةِ (وَالسَّابِعُ: الشَّرِكَةُ فِي الخَارِجِ بَعْدَ حُصُولِهِ) لِأَنَّهُ يَنْعَقِدُ شَرِكَةً فِي الِانْتِهَاءِ، فَمَا يَقْطَعُ هَذِهِ الشَّرِكَةَ كَانَ مُفْسِدًا لِلْعَقْدِ (وَالثَّامِنُ: بَيَانُ جِنْسِ البَذْرِ)

وعند أحمد، والشافعي: إذا كان البذر من رب الأرض تصح المزارعة، وإن كان من جهة العامل لا تصح، فحينئذ لا يحتاج لصحته إلى بيان من عليه البذر منهما، وبه قال أبو يوسف، ومحمد، وطائفة من أهل الحديث.

وفي المغني لابن قدامة: هو الصحيح؛ لأنه ﷺ عامل أهل خيبر على أن يعملوها من أموالهم، فظاهره أن البذر من أهل خيبر، والأصل المعول عليه في صحة المزارعة هذا الحديث.

قوله: (فما يقطع) إلى آخره؛ لأنه إذا شرط فيها ما يقطع تبقى إجارة محضة.

والقياس ما في جواز الإجارة المحضة بأجر معلوم، وعن هذا قلنا: إذا شرط صاحب البذر أن يرفع بذره من الخارج، والباقي بينهما تفسد المزارعة بلا خلاف؛ لأن الأرض ربما لا تخرج إلا قدر البذر، ولو شرط صاحب البذر قدر العشر من الخارج والباقي بينهما تصح المزارعة؛ لأن هذا الشرط لا يقطع الشركة في الخارج؛ لأن الخارج وإن قَلَّ يكون له عشر، وهو الحيلة لصاحب البذر، إذا أراد أن يصل إليه أن يشترط قدر البذر باسم العشر أو الثلث أو ما أشبهه والباقي بينهما.

قوله: (والثامن: بيان جنس البذر)، قال شيخ الإسلام: هذا قياس، وفي الاستحسان: ليس بشرط، وفوض الأمر إلى المزارع، وقال في موضع آخر: بيان جنس البذر شرط من غير ذكر قياس واستحسان، وهذا أقرب إلى الصواب، إلا إذا عَمَّ بأن قال: ما بَدَا لك وكان البذر من جهة العامل، أو قال ما بدا لي وكان البذر من رب الأرض، وإن لم يكن شيء [٢/ ٤٠٢/ب] من ذلك فسدت

لِيَصِيرَ الأَجْرُ مَعْلُومًا.

قَالَ: (وَهِيَ عِنْدَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: ....

المزارعة ولو زرعها مع الفساد ينقلب العقد جائزًا؛ لأن جنس البذر صار معلومًا، كذا في الذخيرة.

قوله: (**ليصير الأجر معلومًا**)؛ لأن الأجر جزء من الخارج، فلا بد من بيانه ليعلم أن الخارج من أي نوع، ولو لم يعلم عسى لا يرضى؛ لأنه ربما يعطي بذرًا لا يحصل الخارج به إلا بعمل كثير.

قوله: (وهي) أي: المزارعة (**على أربعة أوجه**): فوجه الانحصار الاستقراء؛ لأن قيام المزارعة على أربعة أشياء، وهي: الأرض، والبذر، والبقر، والعمل، وهو أمر محسوس ويعلم منه وجه الانحصار، ولأن المزارعة بين العامل ورب الأرض فلا تخلو من أن يكون أكثر الأربعة من رب الأرض، وهو البذر، والبقر، أو لا فإن كان جازت المزارعة، وهو الوجه الثالث.

وإن كان من العامل جازت، وهو القسم الثاني، يبقى وجهان[1] أن يكون البذر من واحد والبقر من واحد، فإن كان البذر من صاحب الأرض والبقر من العامل جازت أيضًا وهو الوجه الأول.

وإن كان البقر من رب الأرض، والبذر من العامل لا يجوز، وهو الوجه الرابع، هذا الانحصار على رواية القدوري.

أما إذا كان [الأرض مشتركة][2] والبذر أو البقر مشترك بينهما فوجوهها كثيرة، ثم الأصل في هذه المسائل أن المزارعة تنعقد إجارة، وتتمُّ شركة، وإنما تنعقد إجارة على منفعة الأرض أو على منفعة العامل، ولا يجوز على منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر؛ لأن الشرع لم يَرِدْ به، حتى لو عقد ثلاثة من واحد الأرض، ومن واحد البذر، ومن واحد البقر والعمل، أو أربعة ومن الرابع البقر لا تصح المزارعة، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

---

(١) في الأصول الخطية: (وجهين)، والصواب ما أثبتنا.

(٢) في الأصل: (أما إذا كان الأ مشتركًا)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

إنْ كَانَتْ الأَرْضُ وَالبَذْرُ لِوَاحِدٍ، وَالبَقَرُ وَالعَمَلُ لِوَاحِدٍ: جَازَتْ المُزَارَعَةُ) لِأَنَّ البَقَرَ آلَةُ العَمَلِ فَصَارَ كَمَا إذَا اسْتَأْجَرَ خَيَّاطًا لِيَخِيطَ بِإِبْرَةِ الخَيَّاطِ، (وَإِنْ كَانَ الأَرْضُ لِوَاحِدٍ، وَالعَمَلُ وَالبَقَرُ وَالبَذْرُ لِوَاحِدٍ: جَازَتْ) لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارُ الأَرْضِ بِبَعْضٍ مَعْلُومٍ مِن الخَارِجِ فَيَجُوزُ، كَمَا إذَا اسْتَأْجَرَهَا بِدَرَاهِمَ مَعْلُومَةٍ (وَإِنْ كَانَتْ الأَرْضُ وَالبَذْرُ وَالبَقَرُ لِوَاحِدٍ وَالعَمَلُ مِن آخَرَ: جَازَتْ) لِأَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِلْعَمَلِ بِآلَةِ المُسْتَأْجِرِ، فَصَارَ كَمَا إذَا اسْتَأْجَرَ خَيَّاطًا لِيَخِيطَ ثَوْبَهُ بِإِبْرَتِهِ، أَوْ طَيَّانًا لِيُطَيِّنَ بِمَرِّهِ (وَإِنْ كَانَتْ الأَرْضُ وَالبَقَرُ لِوَاحِدٍ، وَالبَذْرُ وَالعَمَلُ لِآخَرَ: فَهِيَ بَاطِلَةٌ) وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَجُوزُ أَيْضًا، ....

وقد روى مجاهد: أن أربعة اشتركوا في عهد النبي ﷺ، فقال أحدهم: عليَّ الفدّان، وقال الآخر: عليَّ البذر، وقال الآخر: عليَّ العمل، وقال الآخر: عليَّ الأرض، فجعل النبي ﷺ الزرع لصاحب البذر، وألغى صاحب الأرض، وجعل لصاحب العمل كل يوم درهمًا، ولصاحب الفدان شيئًا[(١)].

ولأن استئجار البقر ببعض الخارج لا يجوز قياسًا لجهالة الأجرة، وفي استئجار العامل ببعض الخارج القياس هكذا، إلا أنه جاز بأثر رسول الله ﷺ مع أهل خيبر، ولتعامل الناس، وفي استئجار غيرهما لا أثر ولا تعامل؛ فلا يجوز قياسًا لجهالة الأجرة.

واستئجار الأرض ببعض الخارج بأثر ابن عمر وبالتعامل أيضًا، ولما كان كذلك ما وجد من صورة عدم الجواز من قبيل استئجار غير الأرض والعامل، إذا كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما تبعًا للآخر، ولكن المنظور فيه وهو استئجار غير الأرض وغير العامل ببعض الخارج، وما وجد من صور الجواز من قبيل استئجار الأرض والعامل، وهذا هو الأصل الذي يدور عليه مسائل المزارعة، إليه أشار في الذخيرة، وجامع فخر الإسلام.

قوله: (ليخيط ثوبه بإبرته) وهو صاحب الثوب (بِمَرِّهِ) أي: بِمَرِّ المستأجر.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٧/ ١٢٣ رقم ٢٣٠١٠).

لِأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ البَذْرَ وَالبَقَرَ عَلَيْهِ، يَجُوزُ، فَكَذَا إِذَا شَرَطَ وَحْدَهُ وَصَارَ كَجَانِبِ العَامِلِ. وَجْهُ الظَّاهِرِ: أَنَّ مَنْفَعَةَ البَقَرِ لَيْسَتْ مِن جِنْسِ مَنْفَعَةِ الأَرْضِ. لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الأَرْضِ قُوَّةٌ فِي طَبْعِهَا يَحْصُلُ بِهَا النَّمَاءُ، وَمَنْفَعَةُ البَقَرِ صَلَاحِيَةٌ يُقَامُ بِهَا العَمَلُ كُلُّ ذَلِكَ بِخَلْقِ اللَّهِ تَعَالَى فَلَمْ يَتَجَانَسَا، فَتَعَذَّرَ أَنْ تُجْعَلَ تَابِعَةً لَهَا، بِخِلَافِ جَانِبِ العَامِلِ، لِأَنَّهُ تَجَانَسَتْ المَنْفَعَتَانِ فَجُعِلَتْ تَابِعَةً لِمَنْفَعَةِ العَامِلِ. وَهَاهُنَا وَجْهَانِ آخَرَانِ لَمْ يَذْكُرْهُمَا: أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ البَذْرُ لِأَحَدِهِمَا وَالأَرْضُ وَالبَقَرُ وَالعَمَلُ لِآخَرَ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ، لِأَنَّهُ يَتِمُّ شَرِكَةً بَيْنَ البَذْرِ وَالعَمَلِ وَلَمْ يَرِدْ بِهِ الشَّرْعُ. وَالثَّانِي: أَنْ يُجْمَعَ بَيْنَ البَذْرِ وَالبَقَرِ، وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَيْضًا، لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَ الِانْفِرَادِ فَكَذَا عِنْدَ الِاجْتِمَاعِ، ......

قوله: (فكذا إذا اشترط البقر على رب الأرض وحده كما في جانب العامل)، ولأن فيه عرفًا.

قوله: (كل ذلك خلق الله تعالى)، وهذا رد على المعتزلة، وتنبيه على أنه من أهل السنة، فإن عند المعتزلة الأفعال الاختيارية من الحيوان منه لا من الله تعالى، وإلا هذا الكلام في هذا المقام مستغنى عنه.

(فلم يتجانسا) أي: منفعة الأرض ومنفعة البقر؛ لأنهما مختلفان، فتعذر [جعل][1] منفعة البقر تابعة لمنفعة الأرض، فلما لم تجعل تابعة كان استحقاق منفعة البقر مقصودًا في المزارعة، وهذا لا يجوز كما لو كان من أحدهما البقر وحده، والباقي من الآخر حيث لا يجوز بالاتفاق.

قوله: (وجهان آخران) أي: كلاهما فاسدان (لم يذكرهما) صاحب القدوري (أحدهما) إلى آخره.

وفي شرح الطحاوي، والمبسوط: إنما لا يجوز؛ لأن صاحب البذر مستأجر للأرض، ولا بد من التخلية بين المستأجر وبين ما استأجر في عقد الإجارة، وتنعدم التخلية هاهنا؛ لأن الأرض تكون في يد العامل فيفسد العقد، وعن أبي يوسف أنه يجوز للتعامل.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

وَالخَارِجُ فِي الوَجْهَيْنِ لِصَاحِبِ البَذْرِ فِي رِوَايَةٍ: اعْتِبَارًا بِسَائِرِ المُزَارَعَاتِ الفَاسِدَةِ، وَفِي رِوَايَةٍ: لِصَاحِبِ الأَرْضِ، وَيَصِيرُ مُسْتَقْرِضًا لِلْبَذْرِ قَابِضًا لَهُ لِاتِّصَالِهِ بِأَرْضِهِ.

قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ المُزَارَعَةُ إِلَّا عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ) لِمَا بَيَّنَّا (وَأَنْ يَكُونَ الخَارِجُ شَائِعًا بَيْنَهُمَا) تَحْقِيقًا لِمَعْنَى الشَّرِكَةِ (فَإِنْ شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا قُفْزَانًا مُسَمَّاةً: فَهِيَ بَاطِلَةٌ)

قوله: (والخارج لصاحب البذر في الوجهين)، وفي بعض النسخ: (في رواية).

وفي المبسوط: بقي هنا إشكال، وهو أنه أوجب لصاحب [٢/ ٤٠٣/ أ] الأرض أجر مثل أرضه، ولم يسلم أرضه إلى صاحب البذر، ومنفعة الأرض كلها مسلمة إلى صاحب البذر لسلامة الخارج له حكمًا، وكذلك إن لم تخرج الأرض شيئًا؛ لأن عمل العامل بأمره في إلقاء بذره لعمله بنفسه، فيستوجب أجر المثل عليه في الوجهين[1]، هذا الفساد المذكور فيما إذا دفع بذرًا إلى صاحب الأرض على أن يزرعه في أرضه على أن الخارج بينهما نصفان، أما إذا قالا: إن الخارج لصاحب البذر وهو جائز، وصاحب الأرض متعينٌ له في العمل مُعينٌ لأرضه؛ لأنه ما اشترط بإزاء منافعه ومنافع الأرض عوضًا فيكون متبرعًا بذلك كله.

والحيلة في الجواز ما ذكره في الذخيرة ناقلًا عن النوازل أن رب الأرض يشتري نصف البذر منه، ثم يبرئه البائع من ثمنه، ثم يقول أنا أزرعها على أن الخارج بيننا نصفان، ويكون بينهما بدون الشرط أَوْلَى.

وقيل الحيلة أيضًا: أن يأخذ الأرض من ربها مزارعة، ثم يطلب من صاحب الأرض أن يعمل من غير شرط.

وأما حيلة ما إذا كان البقر من واحد فرواية عن أبي يوسف للتعامل كما ذكرنا.

وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله: (لأنه عقد على منافع الأرض)[2] إلى آخره.

(فهي باطلة) أي: المزارعة ولا خلاف فيه، وكذا في شرطية الخارج بينهما

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٣/ ٢٤). (٢) انظر المتن ص ٧٩٥.

لِأَنَّ بِهِ تَنْقَطِعُ الشَّرِكَةُ، لِأَنَّ الأَرْضَ عَسَاهَا لَا تُخْرِجُ إِلَّا هَذَا القَدْرَ، فَصَارَ كَاشْتِرَاطِ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ لِأَحَدِهِمَا فِي المُضَارَبَةِ، وَكَذَا إِذَا شَرَطَا أَنْ يَرْفَعَ صَاحِبُ البَذْرِ بَذْرَهُ وَيَكُونَ البَاقِي بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ فِي بَعْضٍ مُعَيَّنٍ، أَوْ فِي جَمِيعِهِ، بِأَنْ لَمْ يَخْرُجْ إِلَّا قَدْرَ البَذْرِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا شَرَطَا رَفْعَ الخَرَاجِ، وَالأَرْضُ خَرَاجِيَّةٌ وَأَنْ يَكُونَ البَاقِي بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا شَرَطَ صَاحِبُ البَذْرِ عُشْرَ الخَارِجِ لِنَفْسِهِ أَوْ لِلْآخَرِ وَالبَاقِي بَيْنَهُمَا، لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ مُشَاعٌ فَلَا يُؤَدِّي إِلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ، كَمَا إِذَا شَرَطَا رَفْعَ العُشْرِ، وَقِسْمَةَ البَاقِي بَيْنَهُمَا، وَالأَرْضُ عُشْرِيَّةٌ.

قَالَ: (وَكَذَا إِذَا شَرَطَا مَا عَلَى المَاذْيَانات وَالسَّوَّاقِي) مَعْنَاهُ: لِأَحَدِهِمَا، لِأَنَّهُ إِذَا شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا زَرْعَ مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ أَفْضَى ذَلِكَ إِلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ، لِأَنَّهُ لَعَلَّهُ لَا

شائعًا، وكذا في اشتراط رفع البذر، وكذا إذا شرط الخراج والأرض خراجية يعني لا خلاف فيه للأئمة الثلاثة.

وفي الذخيرة: هذا إذا كان خراجهما خراج وظيفة بأن يكون دراهم أو دنانير أو قفزانًا معينًا، أما لو كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعًا نحو الثلث أو الربع لا تفسد المزارعة بهذا الشرط، بخلاف ما إذا شرط صاحبه البذر من الخارج لنفسه، وهذا هو الحيلة التي ذكرناها.

الماذيانات: جمع الماذيان وهو أصغر من النهر، وأعظم من الجدول، فارسي معرب، وقيل: ما يجتمع فيه ماء السيل ثم تسقى منه الأرض.

والسواقي: جمع الساقية وهو فوق الجدول دون النهر، كذا في المغرب.

فيكون كلاهما واحدًا، ويحتمل أن يكون بينهما فرق لذلك أوردهما بعطف أحدهما على الآخر، ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة؛ لأن الخبر الصحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ.

قيل: الماذيانات الأنهار التي خارج الزرع، والسواقي الأنهار الصغار في الزرع، وقيل: هي أوسع [من][1] السواقي.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

يَخْرُجُ إِلَّا مِن ذَلِكَ المَوْضِعِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا مَا يَخرُجُ مِن نَاحِيَةٍ مُعَيَّنَةٍ، وَلِآخَرَ مَا يَخرُجُ مِن نَاحِيَةٍ أُخرَى (وَكَذَا إِذَا شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا التِّبْنَ، وَلِلْآخَرِ الحَبَّ) لِأَنَّهُ عَسَى أَنْ يُصِيبَهُ آفَةٌ فَلَا يَنْعَقِدُ الحَبُّ وَلَا يَخْرُجُ إِلَّا التِّبْنُ (وَكَذَا إِذَا شَرَطَا التِّبْنَ نِصْفَيْنِ، وَالحَبُّ لِأَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ) لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ فِيمَا هُوَ المَقْصُودُ، وَهُوَ الحَبُّ (وَلَوْ شَرَطَ الحَبَّ نِصْفَيْنِ وَلَمْ يَتَعَرَّضَا لِلتِّبْنِ: صَحَّتْ) لِاشْتِرَاطِهِمَا الشَّرِكَةَ فِيمَا هُوَ المَقْصُودُ، (ثُمَّ التِّبْنُ يَكُونُ لِصَاحِبِ البَذْرِ) لِأَنَّهُ نَمَاءُ بَذْرِهِ وَفِي حَقِّهِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الشَّرْطِ. وَالمُفْسِدُ هُوَ الشَّرْطُ، وَهَذَا سُكُوتٌ عَنْهُ. وَقَالَ مَشَايِخُ بَلْخ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: التِّبْنُ بَيْنَهُمَا أَيْضًا اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ فِيمَا لَمْ يَنُصَّ عَلَيْهِ المُتَعَاقِدَانِ، وَلِأَنَّهُ تَبَعٌ لِلْحَبِّ وَالتَّبَعُ يَقُومُ بِشَرْطِ الأَصْلِ. (وَلَوْ شَرَطَا الحَبَّ نِصْفَيْنِ وَالتِّبْنَ لِصَاحِبِ البَذْرِ: صَحَّتْ) لِأَنَّهُ حُكْمُ العَقْدِ (وَإِنْ شَرَطَا التِّبْنَ لِلْآخَرِ: فَسَدَتْ) لِأَنَّهُ شَرْطٌ يُؤَدِّي إِلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ بِأَنْ لَا يَخْرُجَ إِلَّا التِّبْنُ وَاسْتِحْقَاقُ غَيْرِ صَاحِبِ البَذْرِ بِالشَّرْطِ. قَالَ: (وَإِذَا صَحَّتْ المُزَارَعَةُ: فَالخَارِجُ عَلَى الشَّرْطِ) لِصِحَّةِ الِالتِزَامِ (وَإِنْ لَمْ تُخرِجِ الأَرْضُ شَيْئًا: فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ) لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ شَرِكَةً، وَلَا شَرِكَةَ فِي

قوله: (وكذا إذا شرط لأحدهما التبن) أي: لا تصح المزارعة فكان الحب والتبن كله لصاحب البذر كما هو الحكم في المزارعة الفاسدة كذا في المبسوط.

قوله: (تحكيمًا للعرف)، في الذخيرة: تحكيم العرف عند الاشتباه واجب.

(لأن التبع يقوم بشرط الأصل) أي: بنصف نصف الأصل كالجندي مع الأمير، والمولى مع العبد في نية الإقامة.

قوله: (لأنه) أي: لكون التبن لصاحب البذر (حكم العقد) حتى لو سكتا عن التبن كان التبن له، فمع الشرط أولى؛ لأنه شرط موجب العقد، وبه لا تتغير صفة العقد.

قوله: (وإن شرطا التبن للآخر) أي: لغير صاحب البذر وفي نسخة: (وإن شرط التبن للآخر فسدت) المزارعة؛ لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد، وهو يؤدي إلى قطع الشركة، فربما تصيبه آفة ولا ينعقد الحب، فلا يخرج إلا التبن.

(لأنه) أي: العامل (يستحقه) أي: ما شرطاه (شركة) والحكم في الشركة

غَيْرِ الخَارِجِ، وَإِنْ كَانَتْ إجَارَةً فَالأَجْرُ مُسَمًّى فَلَا يَسْتَحِقُّ غَيْرَهُ، بِخِلَافِ مَا إذَا فَسَدَتْ، لِأَنَّ أَجْرَ المِثْلِ فِي الذِّمَّةِ وَلَا تَفُوتُ الذِّمَّةُ بِعَدَمِ الخَارِجِ. قَالَ: (وَإِذَا فَسَدَتْ: فَالخَارِجُ لِصَاحِبِ البَذْرِ) لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِ، وَاسْتِحْقَاقُ الأَجْرِ بِالتَّسْمِيَةِ، وَقَدْ فَسَدَتْ فَبَقِيَ النَّمَاءُ كُلُّهُ لِصَاحِبِ البَذْرِ.

قَالَ: (وَلَوْ كَانَ البَذْرُ مِن قِبَلِ رَبِّ الأَرْضِ: فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ، لَا يُزَادُ عَلَى مِقْدَارِ مَا شَرَطَ لَهُ مِن الخَارِجِ) لِأَنَّهُ رَضِيَ بِسُقُوطِ الزِّيَادَةِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ بَالِغًا مَا بَلَغَ)(*)، لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَهُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فَتَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا، إذْ لَا مِثْلَ لَهَا وَقَدْ مَرَّ فِي الإِجَارَاتِ (وَإِنْ كَانَ

في الربح، إذا لم يوجد الربح لا شيء للعامل، فكذا هاهنا.

قوله: (وإن كانت) أي: المزارعة (إجارة) ابتداءً، (فالأجر مسمى) أي: معين (فلا يستحق غيره) أي: غير المسمى، ولا يشكل بما إذا كانت الأجرة عينًا في الإجارة، وهلكت الأجرة قبل التسليم يجب على المستأجر أجر المثل، فينبغي أن يكون كذلك فيما نحن؛ لأن الأجر العين هناك هلك قبل التسليم، وهاهنا بعد التسليم؛ لأن العامل قبض البذر الذي يتفرع عليه الخارج؛ وقبض الأصل قبض لفرعه، والأجرة العين إذا هلكت بعد التسليم لا يجب شيء، فكذا هاهنا، كذا في جامع المحبوبي.

قوله: (وعند محمد له أجر مثله بالغًا ما بلغ)، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وقد بيناه في الشركة.

قوله: (وقد مر في الإجارات)، وفي النهاية: في الحوالة نوع يعتبر؛ لأنه ذكر في الإجارة الفاسدة فيمن استأجر حمارًا ليحمل طعامًا بقفيز منه، فالإجارة [٢/٤٠٣/ب] فاسدة، ثم قال: فالواجب أقل مما سمى، ومن أجر المثل، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ عند محمد؛ لأن المسمى غير معلوم، فلم يصح الحط، فعلم أن محمدًا لا يبلغ أجر المثل بالغًا ما بلغ في الإجارات الفاسدة كلها.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

البَذْرُ مِن قِبَلِ العَامِلِ: فَلِصَاحِبِ الأَرْضِ أَجْرُ مِثْلِ أَرْضِهِ) لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَ الأَرْضِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فَيَجِبُ رَدُّهَا وَقَدْ تَعَذَّرَ. وَلَا مِثْلَ لَهَا فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهَا. وَهَلْ يُزَادُ عَلَى مَا شَرَطَ لَهُ مِن الخَارِجِ؟ فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ (وَلَوْ جَمَعَ بَيْنَ الأَرْضِ وَالبَقَرِ حَتَّى فَسَدَتِ المُزَارَعَةُ: فَعَلَى العَامِلِ أَجْرُ مِثْلِ الأَرْضِ وَالبَقَرِ) هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ لَهُ مَدْخَلًا فِي الإِجَارَةِ، وَهِيَ إِجَارَةٌ مَعْنًى (وَإِذَا اسْتَحَقَّ رَبُّ الأَرْضِ الخَارِجَ لِبَذْرِهِ فِي المُزَارَعَةِ الفَاسِدَةِ: طَابَ لَهُ جَمِيعُهُ) لِأَنَّ النَّمَاءَ حَصَلَ فِي أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ لَهُ (وَإِنْ اسْتَحَقَّهُ العَامِلُ أَخَذَ قَدْرَ بَذْرِهِ، وَقَدْرَ أَجْرِ الأَرْضِ وَتَصَدَّقَ بِالفَضْلِ) لِأَنَّ النَّمَاءَ يَحْصُلُ مِن البَذْرِ وَيَخْرُجُ مِن الأَرْضِ، وَفَسَادُ المِلْكِ فِي مَنَافِعِ الأَرْضِ أَوْجَبَ خُبْثًا فِيهِ.

وقوله: (كما مر في الإجارات) يدل أن مذهبه في جميع الإجارات الفاسدة كذلك، وليس كذلك، أجيب بأن هذه الإجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب؛ لأن الأجر غير معلوم قبل خروج الخارج.

وفي الكافي: وقد مر في الشركة، وهذه حوالة بلا تغيير.

قوله: (**ولا مثل لها**) أي: لمنافع الأرض (**فيجب عليه قيمتها**) كما في العقد الصحيح.

قوله: (**فهو على الخلاف ذكرناه**)، وهو أن لا يزاد على ما شرط عندهما خلافا لمحمد.

قوله: (**هو الصحيح**) احتراز عن قول بعض أصحابنا، فإنهم قالوا: معنى قول محمد (**فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر**) أي: يغرم له أجر مثل الأرض المكروبة، فأما البقر لا يجوز أن يستحق لعقد المزارعة بحال، فلا ينعقد العقد عليه صحيحًا كان أو فاسدا، ووجوب أجر المثل لا يكون بدون الانعقاد، والمنافع لا تتقوم بدون الانعقاد، ولكن الأصح أن عقد المزارعة من جنس الإجارة، ومنافع البقر ما يجوز استحقاقها بعقد الإجارة، فينعقد عليها عقد المزارعة بصفة الفساد، فيجب أجر مثلها كما يجب أجر مثل الأرض، كذا في المبسوط.

قوله: (**أوجب خبثا فيه**) أي: في الفضل؛ لأنه فضل زرع خرج له من أرض

فَمَا سُلِّمَ لَهُ بِعِوَضٍ طَابَ لَهُ وَمَا لَا عِوَضَ لَهُ تَصَدَّقَ بِهِ. قَالَ: (وَإِذَا عُقِدَتِ الْمُزَارَعَةُ فَامْتَنَعَ صَاحِبُ الْبَذْرِ مِن الْعَمَلِ: لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الْمُضِيُّ فِي الْعَقْدِ إِلَّا بِضَرَرٍ يَلْزَمُهُ. فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَهْدِمَ دَارَهُ (وَإِنْ امْتَنَعَ الَّذِي لَيْسَ مِن قِبَلِهِ الْبَذْرُ: أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى الْعَمَلِ) لِأَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ بِالْوَفَاءِ بِالْعَقْدِ ضَرَرٌ، وَالْعَقْدُ لَازِمٌ بِمَنْزِلَةِ الإِجَارَةِ، إِلَّا إِذَا كَانَ عُذْراً يَفْسَخُ بِهِ الإِجَارَةَ فَيَفْسَخُ بِهِ الْمُزَارَعَةَ.

غيره، بإجارة فاسدة، ثم في هذه الصورة إذا لم تخرج الأرض شيئًا فللعامل أجر مثل عمله، كذا في الذخيرة.

قال شيخ الإسلام: مع تمكن الخبث في منفعة الأرض وجب التصدق بالزيادة، ومتى تمكن الخبث في منفعة العامل لا يجب؛ لأن العمل وهو التبذير والسقي لم يتصل بالزرع؛ لأن التبذير لما وجد انقضى، والسقي يكون بفتح الجداول وذلك انقضى، فلم يتصل بالزرع، وإن اتصل حكمًا من حيث إنه لا بد من العمل لحصول الزرع، كما لا بد من منفعة الأرض، واتصال الخبث في العمل من وجه لا يوجب التصدق، كما لو تصرف في الدراهم الحاصلة بالعقد الفاسد.

أما الخبث بسبب الفساد في منفعة الأرض اتصل بالخارج حقيقة وحكمًا؛ لأن منفعة الأرض متصلة بالخارج من أول ما نبت إلى وقت الإدراك، فأوجب التصدق كما لو تصرف في العين المشترى بشراء فاسد.

قوله: (لم يجبر عليه) هذا قبل إلقاء البذر لا يمكنه الفسخ إلا بعذر لصيرورة العقد لازمًا من الجانبين، وقد بينا أن العقد لازم عند الفقهاء، أما إذا امتنع العامل أجبر على العمل في قول العامة، إلا في رواية عن أحمد أن العقد غير لازم عنده، وقبل إلقاء البذر يخير صاحب البذر بين الإمضاء والفسخ؛ لأنه لا يتوصل إلى الوفاء بالعقد إلا بإتلاف البذر، وفيه ضرر عليه فلا يجبر على ذلك، كما لو استأجر أجيرًا ليهدم داره.

قوله: (إلا إذا كان عذرًا) إلى آخره، وفي فتاوى العتابي: لو كان المزارع سارقًا يخاف منه لرب الأرض أن يفسخه.

قَالَ: (وَلَوْ امْتَنَعَ رَبُّ الأَرْضِ وَالبَذْرُ مِن قِبَلِهِ، وَقَدْ كَرَبَ المُزَارِعُ الأَرْضَ: فَلَا شَيْءَ لَهُ فِي عَمَلِ الكِرَابِ) قِيلَ: هَذَا فِي الحُكْمِ، فَأَمَّا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى يَلْزَمُهُ اسْتِرْضَاءُ العَامِلِ، لِأَنَّهُ غَرَّهُ فِي ذَلِكَ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ: بَطَلَتِ المُزَارَعَةُ) اعْتِبَارًا بِالإِجَارَةِ، وَقَدْ مَرَّ الوَجْهُ فِي الإِجَارَاتِ، فَلَوْ كَانَ دَفَعَهَا فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، فَلَمَّا نَبَتَ الزَّرْعُ فِي السَّنَةِ الأُولَى وَلَمْ يَسْتَحْصِدْ الزَّرْعَ حَتَّى مَاتَ رَبُّ الأَرْضِ: تَرَكَ الأَرْضَ فِي يَدِ المُزَارِعِ حَتَّى يَسْتَحْصِدَ الزَّرْعَ وَيَقْسِمَ عَلَى الشَّرْطِ، وَتَنْتَقِضُ المُزَارَعَةُ فِيمَا بَقِيَ مِن السَّنَتَيْنِ، لِأَنَّ فِي إِبْقَاءِ العَقْدِ فِي السَّنَةِ الأُولَى مُرَاعَاةً لِلْحَقَّيْنِ، بِخِلَافِ السَّنَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّالِثَةِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ ضَرَرٌ بِالعَامِلِ فَيُحَافِظُ فِيهِمَا عَلَى القِيَاسِ (وَلَوْ مَاتَ رَبُّ الأَرْضِ قَبْلَ الزِّرَاعَةِ بَعْدَ مَا كَرَبَ الأَرْضَ وَحَفَرَ الأَنْهَارَ: انْتَقَضَتِ المُزَارَعَةُ) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِبْطَالُ مَالٍ عَلَى المُزَارِعِ (وَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ بِمُقَابَلَةِ مَا عَمِلَ) لِمَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(ولا شيء له) أي: للعامل أي: لو امتنع رب المال من العقد والبذر منه قبل إلقاء البذر لا شيء للعامل في عمل الكراب؛ لأن عمله إنما يقوم بالعقد، والعقد قوَّمَه بجزء من الخارج، ولا خارج بعده، فلا يستوجب شيئًا، ولأن المزارع عامل لنفسه؛ لأنه استأجر الأرض ليقيم العمل فيها لنفسه، فلا يستوجب الأجر على غيره.

قال مشايخنا: هذا الجواب في الحكم، أما ديانة يفتى بأنه يعطيه أجر مثل عمله؛ لأنه إنما اشتغل بالعمل ليحصل له نصيب من الخارج، فإذا أخذ منه الأرض بعد العمل فقد غَرَّهُ، والغرور مدفوع؛ فيفتى بأن يطلب رضاه، كذا في المبسوط.

قوله: (كما في الإجارة)(١)، في المبسوط، والذخيرة: هذا جواب القياس.

وفي الاستحسان: يبقى عقد المزارعة إلى أن يستحصد الزرع، معناه يبقى بلا إجارة مبتدأة، حتى لا يجب الأجر على المزارع؛ لأنّا بَقَّينا عقد المزارعة نظرًا للمزارع؛ لأن عقد المزارعة لو لم يبق لقلع ورثة رب الأرض الزرع؛ فيتضرر المزارع به، وهو غير متعد في هذه الزراعة.

---

(١) انظر المتن ص ٨٠٧.

(وَإِذَا فُسِخَتِ المُزَارَعَةُ بِدَيْنٍ فَادِحٍ لِحَقِّ صَاحِبِ الأَرْضِ فَاحْتَاجَ إِلَى بَيْعِهَا فَباعَ: جَازَ) كَمَا فِي الإِجَارَةِ (وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِمَا كَرَبَ الأَرْضَ وَحَفَرَ الأَنْهَارَ بِشَيْءٍ) لِأَنَّ المَنَافِعَ إِنَّمَا تَتَقَوَّمُ بِالعَقْدِ، وَهُوَ إِنَّمَا قُوِّمَ بِالخَارِجِ فَإِذَا انْعَدَمَ الخَارِجُ لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ ....

وعند الأئمة الثلاثة: يبقى العقد، وقد مر في الإجارات الاختلاف مع وجهه.

قوله: (بدين فادح) أي: ثقيل يقال: فَدَحَهُ الأمرُ، أثقله.

وقوله: (لحق صاحب [٢/ ٤٠٤/أ] الأرض) صفة دين كفادح، فكان صفة بعد صفة (فاحتاج) رب الأرض (إلى بيعها) أي: مع الأرض (جاز) أي: الفسخ يعني الدين الفادح يصير عذرًا في فسخ عقد المزارعة؛ لأن في المضي على العقد يلحقه ضرر، وهو الحبس، فإذا لحقه ضرر في إتلاف ماله بإلقاء بذره له الفسخ، فبلحوق الضرر في نفسه وهو حبسه في الدين أولى، إذ البيع قد تمتنع صحته في الابتداء، لدفع الضرر بأن باع جذعًا في سقف.

وكذا إذا أجَّرَ ما يلحقه ضرر في تسليمه لا تلزم الإجارة، فكذلك هاهنا تنعدم صفة اللزوم بعذر الدين لدفع الضرر، كذا في المبسوط(١).

وفي الذخيرة: لا بد لفسخ المزارعة من القضاء أو الرضا على رواية الزيادات؛ لأنها في معنى الإجارة، وعلى رواية مزارعة المبسوط والجامع الصغير لا يحتاج إلى الرضا أو القضاء، فبعض المتأخرين أخذ برواية الزيادات، وبعضهم برواية الأصل [والجامع](٢).

ثم لو طلب من القاضي الفسخ قبل البيع لا يجيبه بل يبيعها بنفسه، ويثبت الدين عند القاضي حتى يمضي بيعه وينتقض العقد حكمًا.

قوله: (ليس للعامل أن يطالبه بما كَرَبَ) إلى قوله: (لم يجب شيء)، وهذا هو الموعود، وهذا الجواب بهذا التعليل إنما يستقيم أن لو كان البذر من قبل

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٣/ ٤٤).
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

(وَلَوْ نَبَتَ الزَّرْعُ، وَلَمْ يُسْتَحْصَدْ: لَمْ تُبَعِ الأَرْضُ فِي الدَّيْنِ حَتَّى يَسْتَحْصِدَ الزَّرْعُ)

العامل، أما لو كان من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثل عمله؛ لأن البذر إذا كان من قبل العامل يكون مستأجرًا للأرض، فيكون العقد واردًا على منفعة الأرض لا على عمل العامل، فيبقى عمله من غير عقد، فلا يتقوم على رب الأرض.

أما إذا كان البذر من رب الأرض فيكون هو مستأجِرًا للعامل، فكان العقد واردًا على منافع العمل، ويتقوَّم منافعه وعمله على رب الأرض، فيرجع عليه بأجر مثل عمله، كذا في الذخيرة.

قوله: (ولو نبت الزرع) إلى آخره، لم يذكر في الكتاب إذا زرع العامل ولم ينبت، ثم لحق لرب الأرض دين فادح ما حكمه.

وفي الذخيرة: اختلف المشايخ فيه، قال أبو بكر العتابي: له ذلك؛ لأنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين مال قائم؛ لأن التبذير استهلاك، ولهذا قالوا: لِصاحِبِ البذرِ فسخُ المزارعة؛ لأنه لا يحتاج في استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال، وحصوله في الثاني غير معلوم، فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير.

وقال الشيخ أبو إسحاق الحافظ: ليس له ذلك؛ لأن التبذير استنماء لا استهلاك، ألا ترى أن الأب والوصي يملكان زراعة أرض الصبي مع أنهما لا يملكان استهلاك ماله، فإذا كان كذلك كان للمزارع عين مال قائم.

وفي فتاوى العتابي: لو أجاز العامل البيع والبذر منه فله حصة البذر مبذورًا، فتتقوم الأرض مبذورة وغير مبذورة، فله حصة الفضل من الثمن، ولو كان البذر من رب الأرض فباعه قبل النبات لا يدخل البذر بدون ذكره.

وقيل: إن حفر في الأرض يدخل، وإن سقاه المشتري حتى نبت وأدرك فهو للبائع والمشتري متطوع، ولو باع رب الأرضِ الأرضَ ولم ينفذ بدون إجازة المزارع أو المستأجر أو المرتهن ليس لهم نقض بيعه؛ لأن ضررهم يندفع بالتوقف.

وكذا للبائع وللشفيع أن يأخذها، ويقوم مقام المشتري في التوقف، وكذا

لِأَنَّ فِي البَيْعِ إِبْطَالَ حَقِّ المُزَارِعِ، وَالتَّأْخِيرُ أَهْوَنُ مِن الإِبْطَالِ (وَيُخْرِجُهُ القَاضِي مِن الحَبْسِ إِنْ كَانَ حَبَسَهُ بِالدَّيْنِ)، لِأَنَّهُ لَمَّا امْتَنَعَ بَيْعُ الأَرْضِ لَمْ يَكُنْ هُوَ ظَالِمًا وَالحَبْسُ جَزَاءُ الظُّلْمِ).

قَالَ: (وَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ المُزَارَعَةِ، وَالزَّرْعُ لَمْ يُدْرِكْ، كَانَ عَلَى المُزَارِعِ أَجْرُ مِثْلِ نَصِيبِهِ مِن الأَرْضِ إِلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ، وَالنَّفَقَةُ عَلَى الزَّرْعِ عَلَيْهِمَا عَلَى مِقْدَارِ حُقُوقِهِمَا) مَعْنَاهُ: حَتَّى يُسْتَحْصَدَ، لِأَنَّ فِي تَبْقِيَةِ الزَّرْعِ بِأَجْرِ المِثْلِ تَعْدِيلَ النَّظَرِ مِن الجَانِبَيْنِ فَيُصَارُ إِلَيْهِ، وَإِنَّمَا كَانَ العَمَلُ عَلَيْهِمَا، لِأَنَّ العَقْدَ قَدْ انْتَهَى بِانْتِهَاءِ المُدَّةِ، وَهَذَا عَمَلٌ فِي المَالِ المُشْتَرَكِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ رَبُّ الأَرْضِ وَالزَّرْعُ بَقْلٌ حَيْثُ يَكُونُ العَمَلُ فِيهِ عَلَى العَامِلِ، لِأَنَّ هُنَاكَ أَبْقَيْنَا العَقْدَ فِي مُدَّتِهِ وَالعَقْدُ يَسْتَدْعِي العَمَلَ عَلَى العَامِلِ، أَمَّا هَاهُنَا: العَقْدُ قَدْ انْتَهَى فَلَمْ يَكُنْ هَذَا إِبْقَاءَ ذَلِكَ العَقْدِ فَلَمْ يَخْتَصَّ العَامِلُ بِوُجُوبِ العَمَلِ عَلَيْهِ (فَإِنْ أَنْفَقَ أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ وَأَمْرِ القَاضِي: فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ) ....

لو أجَّرها رب الأرض بعد الزرع أو قبله، والبذر من المزارع يتوقف على إجازته كالبيع.

قوله: (إن كان حبسه)، وفي بعض النسخ (بالدين).

قوله: (وإذا انقضت مدة المزارعة) قيد بالانقضاء احترازًا عن مسألة الموت كما يجيء.

قوله: (معناه) أي: التبقية للزرع عليهما حتى يستحصد.

وفي المُغرِبِ: أحصد الزرع واستحصد: حان له أن يحصد.

(فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه) أي: فيما إذا انقضت المدة.

قوله: (فهو متطوع) كما إذا أنفق أحد الشريكين على المال المشترك.

فإن قيل: [هو][1] مضطر في الإنفاق؛ لأنه يحيي حق نفسه، فلا يوصف بالتبرع.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ (وَلَوْ أَرَادَ رَبُّ الأَرْضِ أَنْ يَأْخُذَ الزَّرْعَ بَقْلًا: لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ) لِأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا بِالمُزَارِعِ، (وَلَوْ أَرَادَ المُزَارِعُ أَنْ يَأْخُذَهُ بَقْلًا قِيلَ لِصَاحِبِ الأَرْضِ: «اقْلَعْ الزَّرْعَ فَيَكُونُ بَيْنَكُمَا أَوْ أَعْطِهِ قِيمَةَ نَصِيبِهِ أَوْ أَنْفِقْ أَنْتَ عَلَى الزَّرْعِ وَارْجِعْ بِمَا تُنْفِقُهُ فِي حِصَّتِهِ»)، لِأَنَّ المُزَارِعَ لَمَّا امْتَنَعَ مِن العَمَلِ لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ، لِأَنَّ إِبْقَاءَ العَقْدِ بَعْدَ وُجُودِ المَنْهِيِّ نَظَرٌ لَهُ وَقَدْ تَرَكَ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ.

وَرَبُّ الأَرْضِ مُخَيَّرٌ بَيْنَ هَذِهِ الخِيَارَاتِ، لِأَنَّ بِكُلِّ ذَلِكَ يُسْتَدْفَعُ الضَّرَرُ (وَلَوْ مَاتَ المُزَارِعُ بَعْدَ نَبَاتِ الزَّرْعِ، فَقَالَتْ وَرَثَتُهُ: نَحْنُ نَعْمَلُ إِلَى أَنْ يَسْتَحْصِدَ الزَّرْعُ، وَأَبَى رَبُّ الأَرْضِ، فَلَهُمْ ذَلِكَ) لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى رَبِّ الأَرْضِ (وَلَا أَجْرَ لَهُمْ بِمَا عَمِلُوا) لِأَنَّا أَبْقَيْنَا العَقْدَ نَظَرًا لَهُمْ، فَإِنْ أَرَادُوا قَلْعَ الزَّرْعِ لَمْ يُجْبَرُوا عَلَى العَمَلِ لِمَا بَيَّنَّا، وَالمَالِكُ عَلَى الخِيَارَاتِ الثَّلَاثِ لِمَا بَيَّنَّا. ....

قلنا: غير مضطر؛ لأنه يمكنه الإنفاق بأمر القاضي، ولأنه غير مجبر على الإنفاق، ولأن له ولاية أخذ الزرع نقلًا كما يجيء، كذا في الذخيرة، والمبسوط.

(لم يكن له) أي: لرب الأرض **(ذلك)** أي: بعد انقضاء المدة.

فإن قيل: كما أن في هذا إضرارًا بالمزارع، فكذا في قلع المزارع إضرار برب الأرض، ومع ذلك جاز للمزارع قلعه، ذكره في المبسوط آنفًا.

قلنا: المزارع لو لم يقلع الزرع يسلم لرب الأرض أجر مثل نصف الأرض، [٢/ ٤٠٤/ب] ثم هو مع ذلك كان في المطالبة بالقلع متعنتًا قاصدًا إلى الإضرار بالمزارع فيرد عليه قصده، أما المزارع إنما يترك الزرع لدفع الضرر عنه، وقد رضي بالتزام الضرر، ولأنه نظر لنفسه في هذا من وجه فإنه يمتنع أجر مثل نصف الأرض مخافة أن لا يفي نصيبه منه بذلك، إليه أشار في المبسوط[١].

(بعد وجود المنهي)، وهو مضي المدة.

قوله: (لم يجبروا) إلى آخره، **(لما بينا)**، وهو أن في إبقاء العقد بعد وجود

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٣/ ٤٦).

قَالَ: (وَكَذَلِكَ أُجْرَةُ الحَصَادِ وَالرِّفَاعِ وَالدِّيَاسِ وَالتَّذْرِيَةِ عَلَيْهِمَا بِالحِصَصِ. فَإِنْ شَرَطَاهُ فِي المُزَارَعَةِ عَلَى العَامِلِ: فَسَدَتْ) وَهَذَا الحُكْمُ لَيْسَ بِمُخْتَصٍّ بِمَا ذَكَرَ مِن

المنهي نظرًا للعامل.

قوله: (على الخيارات الثلاث)، القلع، أو إعطاء قيمة نصيب المزارع، أو الإنفاق على الزرع.

(على ما بينا) وهو قوله: (لأن المزارع لما امتنع عن العمل) إلى آخره.

(**أجرة الحصاد**) الحصاد بفتح الحاء وكسرها لغتان، وقرئ بهما في قوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام:١٤١].

وأما الرفاع: فهو أن يرفع الزرع إلى البيدر، والكسر لغة فيه.

والدياس: أن يوطأ بقوائم الدواب أو يكرر عليه الدَّوْسَ، يعني يجرجر حتى يصير تبنًا، والدياس: صقل السيف، واستعمال الفقهاء إياه في موضع الدياسة جائز.

قال الأزهري: دياسُ الكدس ودواسه واحد، كذا في المغرب(١).

(**فإن شرطاه**) أي: في العقد (**على العامل فسدت المزارعة**) وعند الشافعي: لا تفسد؛ لأنه بدون الشرط على العامل، وكذا لو شرطا على رب الأرض، وكذا لو شرطا في العقد عملًا ليس من أعمال المزارعة على العامل أو رب الأرض فسدت؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة، والإجارة تفسد بمثل هذا الشرط، فكذا المزارعة.

أما لو شرطا ما كان من أعمال المزارعة لا تفسد؛ لأنه شرط يقتضيه العقد، وشرط ما يقتضيه العقد تأكيد العقد لا فساده، والفاصل بين عمل المزارعة وبين غيره، فإن [كان](٢) عملًا يثبت به أو يَنْمَى أو يزيد في الخارج فهو من أعمال المزارعة وإلا فلا، وهذا الحكم وهو أن اشتراط الحصاد مفسد ليس بمختص كما ذكرنا، وهو انقضاء المدة بل عام في جميع المزارعات، وفيه

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ١٧٠).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الصُّورَةِ، وَهُوَ انْقِضَاءُ المُدَّةِ وَالزَّرْعُ لَمْ يُدْرَكْ، بَلْ هُوَ عَامٌّ فِي جَمِيعِ المُزَارَعَاتِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ: أَنَّ العَقْدَ يَتَنَاهَى بِتَنَاهِي الزَّرْعِ لِحُصُولِ المَقْصُودِ فَيَبْقَى مَالٌ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا وَلَا عَقْدَ، فَيَجِبُ مُؤْنَتُهُ عَلَيْهِمَا. وَإِذَا شَرَطَ فِي العَقْدِ ذَلِكَ، وَلَا يَقْتَضِيهِ، وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِهِمَا: يَفْسُدُ العَقْدُ كَشَرْطِ الحَمْلِ، أَوْ الطَّحْنِ عَلَى العَامِلِ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَجُوزُ إِذَا شَرَطَ ذَلِكَ عَلَى العَامِلِ لِلتَّعَامُلِ اعْتِبَارًا بِالِاسْتِصْنَاعِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايِخِ بَلْخِ. قَالَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ: هَذَا هُوَ الأَصَحُّ فِي دِيَارِنَا. فَالحَاصِلُ: أَنَّ مَا كَانَ مِن عَمَلٍ قَبْلَ الإِدْرَاكِ كَالسَّقْيِ وَالحِفْظِ فَهُوَ عَلَى العَامِلِ، وَمَا كَانَ مِنهُ بَعْدَ الإِدْرَاكِ قَبْلَ القِسْمَةِ فَهُوَ عَلَيْهِمَا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، كَالحَصَادِ وَالدِّيَاسِ وَأَشْبَاهِهِمَا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَمَا كَانَ بَعْدَ القِسْمَةِ فَهُوَ عَلَيْهِمَا. وَالمُعَامَلَةُ عَلَى قِيَاسِ هَذَا، مَا كَانَ قَبْلَ إِدْرَاكِ الثَّمَرِ مِن السَّقْيِ وَالتَّلْقِيحِ وَالحِفْظِ فَهُوَ عَلَى العَامِلِ، وَمَا كَانَ بَعْدَ الإِدْرَاكِ كَالجِدَادِ وَالحِفْظِ فَهُوَ عَلَيْهِمَا؛ ....

منفعة لأحدهما كحمل الحنطة إلى رب الأرض أو تنقيته أو طحنه.

قوله: (وهو اختيار مشايخ بلخ) كمحمد بن سلمة، وأبي بكر البلخي، وغيرهما للتعامل والعرف، والمعروف كالمشروط، وصار كشرط حذو النعل في الاستصناع حتى قالوا: يجوز بشرط التنقية والحمل إلى منزل رب الأرض للتعارف، كذا في الذخيرة.

قوله: (والمعاملة إلى المساقاة قياس هذا ما كان) أي: الذي كان من العمل **(قبل إدراك الثمر كالسقي، والتلقيح، والحفظ)** وضرب الجريد، وإصلاح الأحاجين، وتنقية السواقي، وقطع الحشائش المضرة **(على العامل)** ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة فيه.

والأحاجين: هي الحفر التي يجتمع فيه الماء على أصول النخيل.

وقوله: (كالجداد) الجداد بالدال المهملة: القطع، والمراد قطع ثمرة النخل.

وفي المغرب: الجزاز كالجذاذ بالفتح والكسر، إلا أن الجذاذ خاص في

وَلَوْ شُرِطَ الجِدَادُ عَلَى العَامِلِ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ، لِأَنَّهُ لَا عُرْفَ فِيهِ.

وَمَا كَانَ بَعْدَ القِسْمَةِ فَهُوَ عَلَيْهِمَا، لِأَنَّهُ مَالٌ مُشْتَرَكٌ وَلَا عَقْدَ، وَلَوْ شُرِطَ الحَصَادُ فِي الزَّرْعِ عَلَى رَبِّ الأَرْضِ لَا يَجُوزُ بِالإِجْمَاعِ لِعَدَمِ العُرْفِ فِيهِ، وَلَوْ أَرَادَا قَصْلَ القَصِيلِ، أَوْ جِدادَ التَّمْرِ بُسْرًا، أَوْ التِقَاطَ الرُّطَبِ، فَذَلِكَ عَلَيْهِمَا، لِأَنَّهُمَا أَنْهَيَا العَقْدَ لَمَّا عَزَمَا عَلَى القَصْلِ وَالجِدَادِ بُسْرًا فَصَارَ كَمَا بَعْدَ الإِدْرَاكِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

قطع الثمر، والأول عام[1].

وعند الشافعي، وأحمد: الجذاذ والحصاد واللقاط على العامل؛ لأنه من العمل كالقسمة، وقال الشافعي في وجه، وأحمد في رواية: عليهما.

قوله: (ولو اشترط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه) وعن أحمد يجوز، وكذا لو اشترط الحمل إلى منزل رب الأرض، وبه قال بعض الشافعية كما في قصة أهل خيبر، وجوابه مر أن هذا بطريق المن والجزية.

قوله: (لأنه مال مشترك)، وكان التدبير في ملك كل واحد إليه، كذا في المبسوط.

وسماه مشتركًا بعد القسمة باعتبار ما كان، ولو شرطا الحصاد في الزرع على رب الأرض لم يجز إجماعًا؛ لأنه لا عرف فيه ولا من مقتضيات العقد، ولا خلاف للأئمة الثلاثة.

ولو أراد قصل القصيل أو جد التمر بسرًا فهو عليهما بلا خلاف.

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٨٢).

كِتَابُ الْمُسَاقَاةِ

أخَّر المساقاة عن المزارعة، وكان من حقها أن تقدم لكثرة قائلها بالجواز، ولورود الأحاديث بجوازها لكثرة وقوع المزارعة في جميع البلاد أو لكثرة تفريع المزارعة بالنسبة إلى المساقاة.

ثم المساقاة لغة: مفاعلة من السقي.

وفي الصحاح، وغيره: هو أن يستعمل رجلًا في نخيل أو كرم أو غيرهما لسقيهما، وعمل يحتاج إليه بجزء من التمر[(١)].

وفي شرح الطحاوي: المساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة، ولهم لغات يختصون بها، يقولون للمعاملة مساقاة، وللمزارعة مخابرة، وللإجارة بيعًا، وللمضاربة مقارضة، وللصلاة سجدة.

[٢/ ٤٠٥/أ] ثم اسم المفاعلة يقع على حدائق الأعناب والأشجار المثمرة، ثم المساقاة فاسدة عند أبي حنيفة، وزفر رحمة الله عليهما.

وعند الشافعي، ومالك: [جائزة][(٢)] بخلاف المزارعة، وعندهما[(٣)] وأحمد وأكثر العلماء يجوز كلاهما.

وعند الشافعي، ومالك: تجوز المزارعة تبعًا للمساقاة، وشرط التبعية عند مالك أن يكون الأصل ضعف التبع؛ لأنه به تتحقق التبعية، والمعاملة إنما تصح عنده إذا شرط النفقات والمؤن فيما تحتاج إليه الثمرة على العامل كلها، وقد بينا الوجه من الجانبين في المزارعة.

---

(١) الصحاح تاج اللغة للجوهري (٦/ ٢٣٨٠).

(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

(٣) وضع بجوارها في الهامش: (أي: عند أبي يوسف ومحمد).

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: المُسَاقَاةُ بِجُزْءٍ مِن الثَّمَرِ بَاطِلَةٌ، وَقَالَا: جَائِزَةٌ إِذَا ذُكِرَ مُدَّةٌ مَعْلُومَةٌ، وَسُمِّيَ جُزْءٌ مِن الثَّمَرِ مُشَاعًا)(*) وَالمُسَاقَاةُ: هِيَ المُعَامَلَةُ في الأشجار، وَالكَلَامُ فِيهَا كَالكَلَامِ فِي المُزَارَعَةِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: المُعَامَلَةُ جَائِزَةٌ، وَلَا تَجُوزُ المُزَارَعَةُ إِلَّا تَبَعًا لِلْمُعَامَلَةِ، لِأَنَّ الأَصْلَ فِي هَذَا المُضَارَبَةُ، وَالمُعَامَلَةُ أَشْبَهُ بِهَا، لِأَنَّ فِيهِ شَرِكَةً فِي الزِّيَادَةِ دُونَ الأَصْلِ. وَفِي المُزَارَعَةِ لَوْ شَرَطَا الشَّرِكَةَ فِي الرِّبْحِ دُونَ البَذْرِ بِأَنْ شَرَطَا رَفْعَهُ مِن رَأْسِ الخَارِجِ تَفْسُدُ، فَجَعَلْنَا المُعَامَلَةَ أَصْلًا، وَجَوَّزْنَا المُزَارَعَةَ تَبَعًا لَهَا كَالشِّرْبِ فِي بَيْعِ الأَرْضِ وَالمَنْقُولِ فِي وَقْفِ العَقَارِ، وَشَرْطُ المُدَّةِ قِيَاسٌ فِيهَا، لِأَنَّهَا إِجَارَةٌ مَعْنًى كَمَا فِي المُزَارَعَةِ.

وَفِي الِاسْتِحْسَانِ: إِذَا لَمْ يُبَيِّنْ المُدَّةَ: يَجُوزُ، وَيَقَعُ عَلَى أَوَّلِ ثَمَرٍ يَخْرُجُ، لِأَنَّ

قوله: (والمعاملة أشبه بها) أي: بالمضاربة من المزارعة؛ (لأن فيه) أي: في عقد المعاملة الشركة في الزيادة، وهو الثمر دون الأصل وهو الشجر كما في المضاربة، الشركة في الربح دون رأس المال.

قوله: (وشرط المدة) أي: شرط بيان المدة (قياس فيه) أي: في عقد المعاملة؛ لأنه استئجار للعامل، وفي هذا لا يصير المعقود عليه معلومًا إلا ببيان المدة، فإذا لم يبينا لم يجز، وبه قال الشافعي، وأحمد، إلا أنه ينبغي أن تكون أقل المدة ما يمكن إدراك الثمر فيه، وبه قال أحمد، واختلف أقوال الشافعي في أكثر مدة الإجارة والمساقاة، قال في موضع: سنة، وقال في موضع: إلى ثلاثين سنة - وقال ابن قدامة في المغني: وهذا تحكم -، وقال في موضع إلى ما شاء، وبه قال أحمد، ومالك، وأكثر العلماء.

قوله: (وفي الاستحسان إذا لم تُبَيَّنُ المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج) وبه قال أبو ثور، وبعض أصحاب الحديث؛ لأن لإدراكها وقت معلوم عادة، والثابت عادة كالثابت شرطًا، فصارت المدة معلومة وإن تقدم [أو](١) تأخر، وذلك يسير لا تقع بسببه منازعة عادة، وقد بينا أن العقد تناول أول ثمرة؛ فيثبت

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الثَّمَرَ لِإِدْرَاكِهَا وَقْتٌ مَعْلُومٌ، وَقَلَّمَا يَتَفَاوَتُ، وَيَدْخُلُ فِيها مَا هُوَ الْمُتَيَقَّنُ، وَإِدْرَاكُ الْبَذْرِ فِي أُصُولِ الرَّطْبَةِ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ إِدْرَاكِ الثِّمَارِ، لِأَنَّ لَهُ نِهَايَةً مَعْلُومَةً فَلَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ الْمُدَّةِ، بِخِلَافِ الزَّرْعِ، لِأَنَّ ابْتِدَاءَهُ يَخْتَلِفُ كَثِيرًا خَرِيفًا وَصَيْفًا وَرَبِيعًا، وَالِانْتِهَاءُ بِنَاءٌ عَلَيْهِ، فَتَدْخُلُهُ الجَهَالَةُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ غَرْسًا قَدْ عُلِّقَ وَلَمْ يَبْلُغْ الثَّمَرُ مُعَامَلَةً حَيْثُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِبَيَانِ الْمُدَّةِ، لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ بِقُوَّةِ الأَرَاضِي

المتيقن لا ما وراءه، فلو انقضت تلك السنة ولم يخرج الثمر فيها انقضت المعاملة.

قوله: (لأن له) أي: لإدراك البذر (نهاية معلومة) عند المزارعين، والبذر يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحًا والرطبة لصاحبها، يعني لو دفع رطبة قد انتهى جذاذها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن البذر بينهما نصفان، ولم يبينا وقتًا جاز استحبابًا كذا في المبسوط.

قوله: (بخلاف الزرع) أي: يشترط في المزارعة بيان المدة (لأن ابتداءه) أي: ابتداء الزرع قد يكون في الخريف، أو الصيف، أو الربيع، وما يزرع في الربيع يدرك في آخر الصيف، وما يزرع في الخريف يدرك في آخر الربيع، وما يزرع في الصيف يدرك في آخر الخريف.

فلجهالة وقت ابتداء عمل المزارعة يصير وقت انتهائه مجهولًا، وهذه جهالة مفضية الى المنازعة، فلا يجوز إلا ببيان المدة بخلاف النخيل، والكروم؛ لأن ابتداء الثمر مما لا يتقدم ولا يتأخر، ولو تقدم أو تأخر كان يسيرًا لا عبرة [به][(١)] على ما ذكرنا، فلا تفضي إلى جهالة انتهائه.

قوله: (غرسًا قد علق) بكسر العين، ومعنى علق بالفارسية (بنج كرفت).

(ولم يبلغ الثمر) أي: لم يبلغ الغرس الثمر معاملة على أن يقوم عليها ويسقيها، فما خرج فهو بينهما نصفان فهي فاسدة، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

(إلا أن يبينا المدة لأنه) أي: الغرس يتفاوت في ذلك بتفاوت الأرض في القوة والضعف.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

وَضَعْفِهَا تَفَاوُتًا فَاحِشًا، وَبِخِلَافِ مَا إذَا دَفَعَ نَخِيلًا، أَوْ أُصُولَ رُطَبَةٍ عَلَى أَنْ يَقُومَ عَلَيْهَا، أَوْ أَطْلَقَ فِي الرُّطَبَةِ: تَفْسُدُ المُعَامَلَةُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ لِذَلِكَ نِهَايَةٌ مَعْلُومَةٌ، لِأَنَّهَا تَنْمُو مَا تُرِكَتْ فِي الأَرْضِ، فَجُهِلَتْ المُدَّةُ (وَيُشْتَرَطُ تَسْمِيَةُ الجُزْءِ مُشَاعًا) لِمَا بَيَّنَّا فِي المُزَارَعَةِ، إذْ شَرْطُ جُزْءٍ مُعَيَّنٍ يَقْطَعُ الشَّرِكَةَ (فَإِنْ سَمَّيَا فِي المُعَامَلَةِ وَقْتًا يُعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَخْرُجُ الثَّمَرُ فِيهَا: فَسَدَتْ المُعَامَلَةُ) لِفَوَاتِ المَقْصُودِ، وَهُوَ الشَّرِكَةُ فِي الخَارِجِ (وَلَوْ سَمَّيَا مُدَّةً قَدْ يَبْلُغُ الثَّمَرُ فِيهَا وَقَدْ يَتَأَخَّرُ عَنْهَا: جَازَتْ) لِأَنَّا لَا نَتَيَقَّنُ بِفَوَاتِ

قوله: (على أن يقوم عليها) أي: إلى أن تذهب أصولها، وينقطع نباتها أو أطلق في الرطبة، بأن دفع النخيل أو أصول الرطبة على أن يقوم عليها معاملة مطلقًا تفسد المعاملة؛ لأنه ليس لانقطاعهما نهاية معلومة، سواء قيد بذهاب أصولها أو أطلق حتى كانت لجزازها وقت معلوم يجوز العقد بلا بيان المدة، ويقع على الجزة الأولى، أما في النخيل لو قيد بقوله: وبعتكها إلى أن تذهب أصولها لا يجوز، ولو أطلق جاز، ويقع العقد على أول ثمر يخرج، ذكره في الذخيرة، والمبسوط، والإيضاح.

قوله: (لما بينا في المزارعة) وهو قوله (ولا تصح المزارعة) إلى قوله: (إلا أن يكون الخارج بينهما مشاعا تحقيقًا لمعنى الشركة).

قوله: (لا يخرج الثمر فيها) أي: الوقت على تأويل المدة فسدت المعاملة، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأن المقصود منها الشركة في الخارج، وهذا الشرط يمنع ما هو المقصود، فيكون مفسدًا للعقد.

قوله: [٢/ ٤٠٥/ب] (جازت) أي: المعاملة، وبه قال الشافعي في وجه، وأحمد في رواية؛ لعدم التيقن بفوات المقصود[1]، ولا يعتبر توهم عدم الخروج؛ لأن ذلك التوهم متحقق في كل معاملة ومزارعة، بأن تصطلم آفة.

وقال الشافعي في وجه، وأحمد في رواية: لا يصح؛ لأنها عقد على المعدوم، وليس الغالب وجوده كالسلم في مثل ذلك.

---

(١) وقع في الأصل تكرار مقدار سطرين.

المَقْصُودِ، (ثُمَّ لَوْ خَرَجَ فِي الوَقْتِ المُسَمَّى فَهُوَ عَلَى الشَّرِكَةِ) لِصِحَّةِ العَقْدِ، (وَإِنْ تَأَخَّرَ فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ المِثْلِ) لِفَسَادِ العَقْدِ، لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ الخَطَأُ فِي المُدَّةِ المُسَمَّاةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا عَلِمَ ذَلِكَ فِي الِابْتِدَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَخْرُجْ أَصْلًا لِأَنَّ الذَّهَابَ بِآفَةٍ، فَلَا يَتَبَيَّنُ فَسَادُ المُدَّةِ فَيَبْقَى العَقْدُ صَحِيحًا، وَلَا شَيْءَ لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ.

قَالَ: (وَتَجُوزُ المُسَاقَاةُ فِي النَّخْلِ وَالشَّجَرِ وَالكَرْمِ وَالرِّطَابِ، وَأُصُولِ البَاذِنْجَانِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الجَدِيدِ: لَا تَجُوزُ إِلَّا فِي الكَرْمِ وَالنَّخْلِ، لِأَنَّ جَوَازَهَا بِالأَثَرِ وَقَدْ خَصَّهُمَا وَهُوَ حَدِيثُ خَيْبَرَ. وَلَنَا: أَنَّ الجَوَازَ لِلْحَاجَةِ وَقَدْ عَمَّتْ، وَأَثَرُ خَيْبَرَ لَا يَخُصُّهُمَا، ....

قوله: (فللعامل أجر المثل) وبه قال الشافعي في الأصح، وأحمد في الأصح أيضًا.

وقال الشافعي في وجه، وأحمد في رواية: لا يجب شيء كأنه رضي بالعمل بغير عوض فصار كالمتبرع، وهو اختيار المزني.

وقلنا: إنه رضي بعوض، وهو جزء من الثمر، وذلك غير موجود فتعذر تسليمه كان له أجر مثله، وفي كل صورة فساد المعاملة يجب أجر المثل على هذا الخلاف.

قوله: (لأن الذهاب بآفة) يعني بما حدث من الآفة لا يتبين أن الثمار لا تخرج في المدة المذكورة، فلم يتبين المفسد فبقي العقد صحيحًا، وموجب الشركة في الخارج ولا خارج، فلم يكن لواحد على صاحبه شيء.

قوله: (وقال الشافعي: لا يجوز، في الجديد)، وقال في القديم: يجوز في جميع الأشجار المثمرة، وبه قال مالك، وأبو يوسف، ومحمد، وأحمد، والثوري، وأبو ثور، والأوزاعي.

ولا يُجَوِّزُ الشافعي في الرطاب قولًا واحدًا، وقال داود: لا يجوز إلا في النخيل خاصة؛ لأن الخبر إنما ورد في النخيل خاصة.

وعن مالك أنه جوز المساقاة في الميقاتي، والبطيخ، والباذنجان كمذهبنا، والشافعي يقول: الأثر ورد في النخيل والكروم؛ لأنه عامل أهل خيبر فيهما.

قوله: (وأثر خيبر لا يخصهما) أي: النخل والكرم؛ لأنه روي أنه ﷺ عامل

لِأَنَّ أَهْلَهَا كَانُوا يَعْمَلُونَ فِي الأَشْجَارِ وَالرِّطَابِ أَيْضًا، وَلَوْ كَانَ كَمَا زَعَمَ، فَالأَصْلُ فِي النُّصُوصِ أَنْ تَكُونَ مَعْلُولَةً سِيَّمَا عَلَى أَصْلِهِ (وَلَيْسَ لِصَاحِبِ الكَرْمِ أَنْ يُخْرِجَ العَامِلَ مِن غَيْرِ عُذْرٍ) لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِي الوَفَاءِ بِالعَقْدِ (وَكَذَا لَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يَتْرُكَ العَمَلَ بِغَيْرِ عُذْرٍ) بِخِلَافِ المُزَارَعَةِ بِالإِضَافَةِ إِلَى صَاحِبِ البَذْرِ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ. قَالَ: (فَإِنْ دَفَعَ نَخْلًا فِيهِ تَمْرٌ مُسَاقَاةً، وَالتَّمْرُ يَزِيدُ بِالعَمَلِ: جَازَ، وَإِنْ كَانَتْ قَدْ انْتَهَتْ:

أهل خيبر بشطر ما يخرج منها زرع أو ثمر، ولفظ الثمر عام في كل ثمر، ولأنه جاء في لفظ بعض الأخبار أنه ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر، ولفظ الشجر عام.

(**ولو كان كما زعم**) أي: الشافعي أن أثر خيبر مخصوص بهما، **فالأصل** في النصوص التعليل، ولكن من إقامة الدليل على أن هذا النص في الحال معلول، وعنده يجوز التعليل بكل وصف أعم مما ذكرنا.

وقوله: غير متعدية ومتعدية أيضًا فكانت وجوه التعليل عنده أكثر، فكان هو أولى بالتعليل؛ لحاجة الناس.

قوله: (على ما بينا)(١) أي: في المزارعة لم يجبر صاحب البذر على العقد؛ لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلزمه، وهو إتلاف بذره، وهاهنا رب الكرم في المضي على العقد لا يحتاج إلى إتلاف شيء من ماله، فيلزمه العقد من الجانبين، ثم عذر صاحب الكرم أن يلحقه دين فادح، وعذر العامل أن يمرض، ولا يقال ينبغي أن يؤمر العامل في مرضه بأن يستأجر رجلًا ليقيم على عمله؛ لأن في ذلك ضرر به لم يلتزمه بالمعاملة فلأن(٢) في إبقاء العقد ضرر عليه فوق ما التزمه يصير ذلك عذرًا، كذا في المبسوط.

قوله: (والتمر يزيد به) أي: بالعمل (**جاز**)، وبه قال مالك، والشافعي، وأحمد في رواية، وأبو ثور.

وقال الشافعي في قول، وأحمد في رواية: لا يجوز؛ لأنه ليس بمنصوص

---

(١) تقدم في المتن (على ما قدمناه).

(٢) في الأصل: (فإذا)، والمثبت من النسخة الثانية.

لَمْ يَجُزْ) وَكَذَا عَلَى هَذَا إِذَا دَفَعَ الزَّرْعَ وَهُوَ بَقْلٌ: جَازَ، وَلَوْ اسْتُحْصِدَ وَأُدْرِكَ لَمْ يَجُزْ، لِأَنَّ العَامِلَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بِالعَمَلِ، وَلَا أَثَرَ لِلْعَمَلِ بَعْدَ التَّنَاهِي وَالإِدْرَاكِ، فَلَوْ جَوَّزْنَاهُ لَكَانَ اسْتِحْقَاقًا بِغَيْرِ عَمَلٍ، وَلَمْ يَرِدْ بِهِ الشَّرْعُ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ ذَلِكَ لِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ إِلَى العَمَلِ.

قَالَ: (وَإِذَا فَسَدَتْ المُسَاقَاةُ: فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ، وَصَارَ كَالمُزَارَعَةِ إِذَا فَسَدَتْ.

قَالَ: (وَتَبْطُلُ المُسَاقَاةُ بِالمَوْتِ) لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى الإِجَارَةِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِيهَا، فَإِنْ مَاتَ رَبُّ الأَرْضِ وَالخَارِجُ بُسْرٌ: فَلِلْعَامِلِ أَنْ يَقُومَ عَلَيْهِ كَمَا كَانَ يَقُومُ قَبْلَ ذَلِكَ إِلَى أَنْ يُدْرِكَ الثَّمَرَ، وَإِنْ كَرِهَ ذَلِكَ وَرَثَةُ رَبِّ الأَرْضِ اسْتِحْسَانًا، فَيَبْقَى العَقْدُ دَفْعًا

عليه، ولا في معنى المنصوص؛ لأنه ﷺ عامل على الشطر مما يخرج، وهذا يستحق بالعمل عينًا موجودًا، فلم يصح كما لو بدأ صلاح الثمر، فإنه لا يجوز بلا خلاف.

وقلنا: العامل مستحق بالعمل، فإذا كان لعمله أثر يجوز، وإن لم يكن فلا، وبعد الانتهاء لا أثر لعمله، فلو جوزناه لكان استحقاقًا بالعمل، ولم يرد به الشرع فلا يجوز.

أما قبل الانتهاء لعمله أثر فيكون في معنى المنصوص بل أولى؛ لأنه إذا جازت في المعدوم مع كثرة الضرر، فمع الموجود أولى.

(وقد بيناه فيها) أي: في الإجارة.

قوله: (استحسانًا) وفي القياس تنتقض المعاملة بينهما، [أو][١] بين [ورثة][٢] صاحب الأرض وبين العامل نصفان، أي: فيما إذا كان العقد على المناصفة؛ لانقضاء العقد بموت أحد المتعاقدين، كما لو نقضا العقد حال حياتهما.

---

(١) في الأصل (أي)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

لِلضَّرَرِ عَنْهُ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى الآخَرِ (وَلَوْ التَزَمَ العَامِلُ الضَّرَرَ: يَتَخَيَّرُ وَرَثَةُ الآخَرِ بَيْنَ أَنْ يَقْسِمُوا البُسْرَ عَلَى الشَّرْطِ، وَبَيْنَ أَنْ يُعْطُوهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ مِن البُسْرِ، وَبَيْنَ أَنْ يُنْفِقُوا عَلَى البُسْرِ حَتَّى يَبْلُغَ، فَيَرْجِعُوا بِذَلِكَ فِي حِصَّةِ العَامِلِ مِن الثَّمَرِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إِلْحَاقُ الضَّرَرِ بِهِمْ، وَقَدْ بَيَّنَّا نَظِيرَهُ فِي المُزَارَعَةِ (وَلَوْ مَاتَ العَامِلُ، فَلِوَرَثَتِهِ أَنْ يَقُومُوا عَلَيْهِ، وَإِنْ كَرِهَ رَبُّ الأَرْضِ) لِأَنَّ فِيهِ النَّظَرَ مِن الجَانِبَيْنِ (فَإِنْ أَرَادُوا أَنْ يَصْرِمُوهُ بُسْرًا، كَانَ صَاحِبُ الأَرْضِ بَيْنَ الخِيَارَاتِ الثَّلَاثَةِ) الَّتِي بَيَّنَّاهَا.

(وَإِنْ مَاتَا جَمِيعًا: فَالخِيَارُ لِوَرَثَةِ العَامِلِ) لِقِيَامِهِمْ مَقَامَهُ، وَهَذَا خِلَافَةٌ فِي حَقٍّ مَالِيٍّ، وَهُوَ تَرْكُ الثِّمَارِ عَلَى الأَشْجَارِ إِلَى وَقْتِ الإِدْرَاكِ، لَا أَنْ يَكُونَ وَارِثُهُ فِي الخِيَارِ (فَإِنْ أَبَى وَرَثَةُ العَامِلِ أَنْ يَقُومُوا عَلَيْهِ، كَانَ الخِيَارُ فِي ذَلِكَ لِوَرَثَةِ رَبِّ الأَرْضِ) عَلَى مَا وَصَفنَا. قَالَ: (وَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ المُعَامَلَةِ وَالخَارِجُ بُسْرٌ أَخْضَرُ،

وفي الاستحسان: يقوم العامل عليه كما كان حتى يدرك وإن كره الورثة؛ لأن في انتقاض العقد إضرارًا بالعامل وإبطالًا لما هو مستحق، وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك، ولو انتقض العقد كُلِّفَ بالجذاذ قبل الإدراك، وفيه [٢/ ٤٠٦/أ] ضرر عليه، ولما جاز نقض العهد لدفع الضرر لأَنْ يجوز بقاؤه لدفع الضرر أولى.

(ولو التزم العامل الضرر) وقال: أنا آخذ نصف البسر فله ذلك؛ لأن بقاء العقد لدفع الضرر عنه؛ فإذا التزم الضرر انتقض العقد بموت رب الأرض، إلا إنه لا يملك إلحاق الضرر بالورثة، فيثبت الخيار لهم بين الأشياء الثلاثة، كما ذكر في الكتاب، وقد بيناه في المزارعة في قوله: (إن أراد المزارع أن يأخذه نقلًا) إلى آخره.

قوله: (وهذا خلافة في حق مالي) جواب سؤال مقدر وهو أن يقال: خيار الشرط لا يورث، وإذا ثبت للمورث فكيف يثبت هذا الخيار الثابت للمورث للورثة؟ فقال: هذا خلافة مالي، يعني خلافة فيما هو حق مالي مستحق عليه، وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك، كذا في المبسوط[1].

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٣/ ٥٧).

فَهَذَا وَالأَوَّلُ سَوَاءٌ، وَلِلْعَامِلِ أَنْ يَقُومَ عَلَيْهَا إِلَى أَنْ يُدْرِكَ، لَكِنْ بِغَيْرِ أَجْرٍ) لِأَنَّ الشَّجَرَ لَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُهُ، بِخِلَافِ الْمُزَارَعَةِ فِي هَذَا، لِأَنَّ الأَرْضَ يَجُوزُ اسْتِئْجَارُهَا، وَكَذَلِكَ العَمَلُ كُلُّهُ عَلَى العَامِلِ هَاهُنَا، وَفِي الْمُزَارَعَةِ فِي هَذَا عَلَيْهِمَا، لِأَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ أَجْرُ مِثْلِ الأَرْضِ بَعْدَ انْتِهَاءِ الْمُدَّةِ عَلَى العَامِلِ لَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ العَمَلَ، وَهَاهُنَا لَا أَجْرَ، فَجَازَ أَنْ يَسْتَحِقَّ العَمَلَ كَمَا يَسْتَحِقُّ قَبْلَ انْتِهَائِهَا.

قَالَ: (وَتُفْسَخُ بِالأَعْذَارِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي الإِجَارَاتِ، وَقَدْ بَيَّنَّا وُجُوهَ العُذْرِ فِيهَا. وَمِن جُمْلَتِهَا: أَنْ يَكُونَ العَامِلُ سَارِقًا يُخَافُ عَلَيْهِ سَرِقَةَ السَّعَفِ وَالثَّمَرِ قَبْلَ الإِدْرَاكِ، لِأَنَّهُ يُلْزِمُ صَاحِبَ الأَرْضِ ضَرَرًا لَمْ يَلْتَزِمْهُ فَتُفْسَخُ بِهِ. وَمِنهَا: مَرَضُ العَامِلِ إِذَا كَانَ يُضْعِفُهُ عَنْ العَمَلِ، لِأَنَّ فِي إِلْزَامِهِ اسْتِئْجَارَ الأُجَرَاءِ زِيَادَةَ ضَرَرٍ عَلَيْهِ، وَلَمْ يَلْتَزِمْهُ فَيُجْعَلُ ذَلِكَ عُذْرًا، وَلَوْ أَرَادَ العَامِلُ تَرْكَ ذَلِكَ العَمَلِ هَلْ يَكُونُ عُذْرًا؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ.

وَتَأْوِيلُ إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَشْتَرِطَ العَمَلَ بِيَدِهِ، فَيَكُونَ عُذْرًا مِن جِهَتِهِ (وَمَنْ دَفَعَ أَرْضًا بَيْضَاءَ إِلَى رَجُلٍ سِنِينَ مَعْلُومَةً يَغْرِسُ فِيهَا شَجَرًا عَلَى أَنْ تَكُونَ الأَرْضُ وَالشَّجَرُ بَيْنَ رَبِّ الأَرْضِ وَالغَارِسِ نِصْفَيْنِ: لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ) ....

قوله: (لأن الشجر لا يجوز استئجاره) حتى لو اشترى ثمارًا على رؤوس الأشجار، ثم استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك لا يجوز، وقد مر في البيوع.

ويبنى عليه فرق آخر، وهو أن هناك العمل عليهما بحسب ملكهما في الزرع؛ لأن رب الأرض لما استوجب الأجر على العامل لا يستوجب العمل في نصيبه بعد انتهاء المدة، وهاهنا العمل على العامل في الكل؛ لأنه لا يستوجب رب النخل عليه أجرًا بعد انقضاء المدة كما قبلها، فيكون العمل كله عليه إلى وقت الإدراك كما قبل انقضاء المدة.

قوله: (وفي هذا) أي: فيما إذا انقضت المدة.

قوله: (وقد بيناه في الإجارات) السَّعَف: جريد النخل يتخذ منه الزُّبُل والمراوح.

قوله: (لم يجز ذلك) أي: هذا العقد، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لاشتراط

لِاشْتِرَاطِ الشَّرِكَةِ فِيمَا كَانَ حَاصِلًا قَبْلَ الشَّرِكَةِ لَا بِعَمَلِهِ (وَجَمِيعُ الثَّمَرِ وَالغَرْسِ لِرَبِّ الأَرْضِ، وَلِلْغَارِسِ قِيمَةُ غَرْسِهِ وَأَجْرُ مِثْلِهِ فِيمَا عَمِلَ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ، إِذْ هُوَ اسْتِئْجَارٌ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِن عَمَلِهِ، وَهُوَ نِصْفُ البُسْتَانِ، فَيَفْسُدُ، وَتَعَذَّرَ رَدُّ الغِرَاسِ لِاتِّصَالِهَا بِالأَرْضِ فَيَجِبُ قِيمَتُهَا وَأَجْرُ مِثْلِهِ، لِأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي قِيمَةِ الغِرَاسِ لِتَقَوُّمِهَا بِنَفْسِهَا، وَفِي تَخْرِيجِهَا طَرِيقٌ آخَرُ ....

الشركة فيما كان حاصلًا قبل الشركة، وهو الأرض كما لو دفع النخل والشجر؛ ليكون الأصل والثمر بينهما، كما إذا دفع الأرض لتزرع ليكون الزرع والأرض بينهما.

قوله: (**وقد تعذر ردها**) أي: رد الغراس (**للاتصال بالأرض**) يعني لو قطع الغراس وسلمها، لم يكن تسليمًا لشجر الغراس، بل يكون تسليمًا لقطع خشبة الأرض، وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله: على أن يكون الأرض والشجر بينه وبين رب الأرض نصفين، فلما لم يكن تسليمها وهي ثابتة وجب قيمتها.

وفي المبسوط: وكذا لو لم يشترط له من الأرض شيئًا، ولكن قال: على أن لك عليّ مائة درهم، أو كُرَّ حنطة، فالعقد فاسد أيضًا.

قوله: (**وأجر مثله**) أي: فيما عمل؛ لأنه ابتغى من عمله عوضًا ولم يسلم له ذلك، (**لأنه**) أي: أجر المثل (**لابد**[1] **في قيمة الغراس**) لِتُقَوَّمَ الغراس بنفسها؛ لأنه عين مال قائمة، واحترز به عن شيء يكون تقومها بالصنعة كجلد الميتة.

قوله: (**وفي تخريجها**) أي: في تخريج هذه المسألة (**طريق أخرى**) أي: دليل آخر بأن هذا العقد لا يجوز سوى ما ذكرنا من الدليل من طريق قفيز الطحان ذكرناه في كفاية المنتهي.

وهو طريق شراء رب الأرض نصف الغراس بمقابلة نصف الأرض، أو شراء جميع الغراس بمقابلة نصف الأرض ونصف الخارج، فكان عدم جواز

---

(١) كذا في الأصول الخطية: (لابد)، وتقدم في المتن: (وأجر مثله لأنه لا يدخل في قيمة الغراس).

بَيَّنَّاهُ فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهِي، وَهَذَا أَصَحُّهُمَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

هذا العقد هناك لجهالة الغراس نصفها وجميعها لا لاعتبار معنى الاستئجار الذي هو في معنى قفيز الطحان.

فقد ذكر في المبسوط: لم يجز ذلك؛ لأنه يكون مشتريًا نصف الغراس بنصف الأرض، والغراس مجهولة فلا يجوز ذلك، هكذا ذكره بعض المشايخ.

وأما الحاكم في المختصر فيقول: تأويل المسألة عندي أنه جعل نصف الأرض عوضًا عن جميع الغراس، ونصف الخارج عوضًا عن عمله، فعلى هذا الطريق اشترى العامل نصف الأرض بجميع الغراس، وهي مجهولة فكان العقد فاسدًا، فالشجر لرب الأرض؛ لأن العقد في الشجر كان فاسدًا وقد غرسه في أرضه بأمره، فكأن صاحب الأرض فعل ذلك بنفسه، فيصير قابضًا للغراس باتصالها بأرضه مستهلكًا بالعرق(١)، فيجب عليه قيمة الشجر، وأجر ما عمل، وأجر عمله؛ لأنه ابتغى عوضه ولم ينل.

ثم قال بعده: والأصح عندي أن صاحب الأرض استأجره؛ ليجعل أرضه بستانًا بآلات نفسه، على أن يكون أجره بعض ما يحصل من عمله، وهو نصف البستان، فصار كما لو استأجر صباغًا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ له، وذلك فاسد؛ لأنه في معنى قفيز الطحان.

وهذا لأن الغراس آلة تجعل الأرض بها بستانًا، كالصبغ لثوب فيفسد، وبقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض، وهي متقومة فيلزم عليه قيمتها، كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه؛ لأن الغراس أعيان قائمة تقوم [٢/٤٠٦/ب] بنفسها، فلا يدخل أجر في قيمتها فيلزمه أجر عمله أيضًا؛ لأنه ابتغى منه عوضًا، ولم ينل، وهو معنى قول الشيخ(٢).

(وهذا أصحهما) أي: الذي ذكرناه في الكتاب من طريق قفيز الطحان أصح الطريقين، كما ذكر في المبسوط.

---

(١) كذا في الأصل والنسخة الثالثة: (بالعرق)، وفي الثانية: (بالعوق)، وفي مطبوع المبسوط: (بالعلوق).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٣٤).

كِتَابُ الذَّبَائِحِ

كِتَابُ الذَّبَائِحِ

أورد الذبائح بعد المزارعة لمناسبة خاصة، وهي تحصيل الانتفاع باللحم والخبز في المآل بإتلاف الموجود في الحال، ثم الذبح مباح شرعًا، وغير محظور عقلًا.

وقالت المانوية[1] والديصانية[2] - الضُّلَّالُ مِنَ المَجوسِ -: هو محظور عقلًا، فلا يرون إباحة ذبح الحيوان، قالوا فيه إذهاب الروح الذي هو من أجزاء النور.

وقلنا: غير محظور، لما فيه تحصيل الغذاء الذي هو المقصود من الحيوانات، وهو الآدمي، فإن العقلاء اتفقوا على حسن إيلام المريض بالحجامة ونحوه لو جاء شفاء بعقبه مع أن هذا إيلام في نفس المكلف، وهاهنا إيلام في غير المكلف؛ لانتفاع المكلف وبقاء مهجته فكان أولى.

وقال بعض مشايخنا العراقيون: إن التذكية محظور عقلًا، لكنه [ثبت][3] نصًّا.

---

(١) المانوية - أو المنانية كما ذكر ابن النديم في الفهرست - ديانة تنسب إلى ماني المولود في عام ٢١٦م في بابل، والذي ظهر في زمان شابور بن أردشير وقتله بهرام بن هرمز بن شابور.
وزعم أن الوحي أتاه وهو في الثانية عشر من عمره وكان في الأصل مجوسيّاً عارفاً بمذاهب القوم وكان يقول بنبوة المسيح ولا يقول بنبوة موسى فنحَى منحىً بين المجوسية والمسيحية.
حاول ماني إقامة صلة بين ديانته والديانة المسيحية وكذلك البوذية والزرادشتية، ولذلك فهو يعتبر كُلاً من بوذا وزرادشت ويسوع أسلافاً له، وقد كتب ماني عدة كتب من بينها إنجيله الذي أراده أن يكون نظيراً لإنجيل عيسى. أتباع المانوية هم من تعارف عليهم أولا بإطلاق لقب الزنادقة.

(٢) الدِّيصانيّة: نسبة إلى مؤسسها ديصان الذي وُلد على "نهر ديصان"، فرقة مهرطقة من فرق المثنوية كانت منتشرة في العراق في العصر العباسي، وكانت لهم مناظرات مع فلاسفة ومتكلمي الإسلام آنذاك، من أبرزها مناظرة "أبي شاكر الديصاني" مع هشام بن الحكم الكوفي تلميذ الإمام جعفر بن محمد الصادق.

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (الذَّكَاةُ شَرْطُ حِلِّ الذَّبِيحَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] وَلِأَنَّ بِهَا يَتَمَيَّزُ الدَّمُ النَّجِسُ مِن اللَّحْمُ الطَّاهِرُ. وَكَمَا يَثْبُتُ بِهِ الحِلُّ يَثْبُتُ بِهِ الطَّهَارَةُ فِي المَأْكُولِ وَغَيْرُهُ، فَإِنَّهَا تُنْبِئُ عَنْهَا. وَمِنهَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ذَكَاةُ الأَرْضِ يَبَسُهَا» وَهِيَ اخْتِيَارِيَّةٌ كَالجُرْحِ فِيمَا بَيْنَ اللَّبَّةِ وَاللَّحْيَيْنِ، وَاضْطِرَارِيَّةٌ، وَهِيَ الجُرْحُ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ مِن البَدَنِ. وَالثَّانِي: كَالبَدَلِ عَنْ الأَوَّلِ، لِأَنَّهُ لَا يُصَارُ إِلَيْهِ إِلَّا

قال شمس الأئمة: وهذا عندي باطل: لأنه ﷺ كان يتناول من اللحم قبل مبعثه، ولا يظن أنه كان يتناول ذبائح المشركين؛ لأنهم كانوا يذبحون باسم الأصنام، فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد لنفسه، وما كان يفعل رسول الله ﷺ ما كان محظورًا(١).

الذبائح: جمع ذبيحة، وهي اسم لما يذبح.

الذبح: مصدر ذبح، إذا قَطَعَ الأوداجَ، والذكاة: الذبح، سمي به لأنه يجوز أن يكون في اللغة مأخوذ من أحد الأمرين:

إما من الحِدَّةِ، يقال: سراج ذكي إذا كان نيرًا غاية؛ لأنه حينئذ في غاية الحدة، ويقال: فلان ذكي إذا كان سريع الفهم لِحِدَّةِ خاطره، ويقال: مسك ذكي إذا كان يفوح غاية.

وإما من الطهارة، قال ﷺ **«دباغ الأديم ذكاته»**(٢)، ويجوز إطلاقه على الذبح لِكِلَا المعنيين؛ لما فيه من سرعة الموت، وطهارة المذبوح عن الدم المسفوح الذي هو نجس، كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: (فإنها تنبئ عنه) أي: الذكاة تنبئ عن الطهارة على تأويل التطهير، وفي بعض النسخ (تنبئ عنها) أي: عن الطهارة.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ٢٢١).

(٢) أخرجه أبو داود (٤/ ٦٦ رقم ٤١٢٥)، والنسائي (٧/ ١٧٣ رقم ٤٢٤٣)، وابن حبان (١٠/ ٣٨١ رقم ٤٥٢٢)، وأحمد (٣/ ٤٧٦) رقم (١٥٩٤٩) واللفظ له من حديث سلمة بن المحبق رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ مر ببيت بفنائه قربة معلقة فاستسقى، فقيل: إنها ميتة، قال: «ذَكَاةُ الْأَدِيمِ دِبَاغُهُ». وفي لفظ: «دِبَاغُهَا طُهُورُهَا».
قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. المستدرك (٤/ ١٤١)، وقال ابن حجر: إسناده صحيح. التلخيص الحبير (٤٤).

عِنْدَ العَجْزِ عَنْ الأَوَّلِ.

وَهَذَا آيَةُ البَدَلِيَّةِ، وَهَذَا لِأَنَّ الأَوَّلَ أَعْمَلُ فِي إِخْرَاجِ الدَّمِ، وَالثَّانِيَ أَقْصَرُ فِيهِ، فَاكْتَفَى بِهِ عِنْدَ العَجْزِ عَنْ الأَوَّلِ، إِذْ التَّكْلِيفُ بِحَسْبِ الوُسْعِ. وَمِن شَرْطِهِ: أَنْ يَكُونَ الذَّابِحُ صَاحِبَ مِلَّةِ التَّوْحِيدِ، إِمَّا اعْتِقَادًا كَالمُسْلِمِ أَوْ دَعْوَى كَالكِتَابِيِّ، وَأَنْ يَكُونَ حَلَالًا خَارِجَ الحَرَمِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَذَبِيحَةُ المُسْلِمِ وَالكِتَابِيِّ حَلَالٌ) لِمَا تَلَوْنَا. وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥] ....

قوله: (أو دعوى كالكتابي) فإن الكتابي يدعي أنه صاحب ملة التوحيد.

قوله: (لما تلونا)، وهو قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]، والأولى في حل ذبيحة أهل الكتاب ما تمسك به في المبسوط بقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥]؛ لأن قوله ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ كما يتناول المسلم والكتابي يتناول الوثني، والمرتد، والمجوس، ولا تحل ذبيحتهم بإجماع العلماء[(١)].

قوله ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ والمراد طعام يلحقه الذكاة من جهتهم؛ لأنه خص الكتابي بالذكر، وفيما لا يلحقه الذكاة الكتابي وغيره فيه سواء، فعرف أن المراد ما قلنا، فصار كما لو نص عليه.

ثم ذبيحة الكتابي حلال مطلقًا سواء كان قائلًا بثالث ثلاثة أو بغيره.

وقال الشافعي في وجه: إذا اعتقد أن المسيح والعزير ابن الله لا يحل، ولا تفاوت في كون الكتابي حربيًّا أو ذميًّا بإجماع أهل العلم، فلو ترك الكتابي التسمية عمدًا أو ذبح وسمَّى اسم المسيح لم تحل ذبيحته بإجماع الفقهاء وأكثر أهل العلم.

وعن عطاء، ومجاهد، ومكحول إذا ذبح النصراني باسم المسيح حلَّ؛ لأنه تعالى أحل لنا ذبيحته، وقد علم أنه سيقول ذلك.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ﴾ [المائدة: ٣] والآية أريد بها ما ذبحوه بشرطه كالمسلم.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/٢٤٦).

....

وقال علي رضي الله عنه: إذا سمعتموه سمى لغير الله فلا تأكلوه، وهو قول عائشة، وابن عمر، وأبي الدرداء، والحسن في جماعة.

وفي المستصفى: هذا إذا لم يعتقد أن المسيح إلهٌ، فأما إذا اعتقد فهو والمجوس سواء، فلا تحل ذبيحته، وهذا مخالف لعامة الروايات ولظاهر الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿قُلْ يَٰٓأَهْلَ ٱلْكِتَٰبِ لَا تَغْلُوا۟ فِى دِينِكُمْ﴾ [المائدة: ٧٧] مع أنهم قالوا المسيح ابن الله.

وسُئِل ابن عباس عن ذبائحهم فقال: قد أحل الله لكم، فقيل: إنهم يُهِلُّون لغير اللَّه؟ فقال: إن الذي أحل ذلك منهم هو أعلم بما يقولون.

ولو ذبح الكتابي ما حرم الله عليه مثل: كل ذي ظفر، قال قتادة: هي الإبل، والنعام، والبط، وما ليس بمشقوق الأصابع، أو ذبح دابة لها شحم محرم عليه يحل عند الأكثر.

[٢/٤٠٧/أ] وحكي عن مالك في اليهودي يذبح الشاة لا يؤكل من شحمها.

قال أحمد: هذا مذهب دقيق، فظاهر هذا أنه لم يره صحيحًا؛ لأنه تعالى قال ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥]، وهذا ليس من طعامهم، وكذا لا يحل ما حرم الله عليهم؛ لأنه ليس من طعامهم، وبه قال الضحاك، ومجاهد، وسوار، ومالك، والقاضي الحنبلي.

وقلنا: المراد من طعامهم من ذبائحهم، وهكذا فسره العلماء.

وروي عن عبد الله بن مغفل أنه قال: دُلِّيَ جِرابٌ من شحمٍ من قَصْرِ خيبرَ فنزوتُ لآخذه فإذا رسول الله ﷺ يتبسم إليّ. متفق عليه(١).

ولأن المراد من طعامهم لا يجوز أن يكون عامًّا بالاتفاق؛ لأن الخنزير، والميتة، والدم، من طعامهم، وهو حرام بالإجماع.

ويُشَنِّعُ ابن حزم في ذلك الموضع على مالك ويقول: وهذا في غاية الفساد -وهذا من تعصبه وسخافة عقله- لأنه قال: طعامهم؛ فيكون على العموم، إلا

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٩٥ ٣١٥٣)، ومسلم (٣/ ١٣٩٣ رقم ١٧٧٢).

وَيَحِلُّ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ التَّسْمِيَةَ وَالذَّبِيحَةَ وَيَضْبِطُ، وَإِنْ كَانَ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا أَوْ امْرَأَةً، أَمَّا إِذَا كَانَ لَا يَضْبِطُ وَلَا يَعْقِلُ التَّسْمِيَةَ وَالذَّبِيحَةَ: لَا تَحِلُّ، لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ عَلَى الذَّبِيحَةِ شَرْطٌ بِالنَّصِّ وَذَلِكَ بِالقَصْدِ.

أن الميتة والدم خرجا بالنص والإجماع، فيبقى ما وراءه على عمومه[1].

وهذا الطعن في الحقيقة على بعض المفسرين مثل: الضحاك، ومجاهد، وسوار، وقتادة، وما ذكر في باب رده قول لا طائل تحته.

وقولنا: قول عمر، وعلي، وابن مسعود، وعائشة، وأبي الدرداء، وابن عباس، وابن عمر، وأبي أمامة الباهلي، وعبادة بن الصامت، والعرباض بن سارية، وأكثر الصحابة، وأكثر التابعين.

ثم عند الشافعي: كل من دخل في دين كتابيٍّ بعد النبي ﷺ، وأولاده. لا تحل ذبيحته، ولا ذبيحة من يخرج من دين كتابي إلى كتابي، كالمرتد من الإسلام، والمتولد من كتابي، وغير كتابي يحل صيده وذبيحته، وبه قال الشافعي في قول، ومالك، وأحمد إذا كان الأب كتابيًّا وإلا لا، يحلُّ في رواية عن أحمد، وفي قول لا يَحِلُّ تغليبًا.

وعندنا: يتبع خير الأبوين دينًا، وقد مر في النكاح.

قوله: (**إن كان يعقل الذبيحة**) قيل: معناه أن حل الذبيحة بالتسمية والذبيحة وفي نسخة (**والذبيحة**) أي: يقدر على الذبح، ويعلم شرائط الذبح من فَرْيِ الأوداج، والحلقوم، وصحة القصد بما ذكرنا من قوله: (**يعقل التسمية والذبيحة ويضبط**).

والمراد من قوله: (**أو مجنونًا**) أي: معتوهًا كما ذكر في الحَجْرِ، هكذا وتحلُّ ذكاة الصبي والمجنون إذا كانا يعقل الذبيحة، وبه قال الشافعي في الأظهر، ومالك، وأحمد.

وإذا كانا لا يعقلان لا يصح، وبه قال مالك، وأحمد، والشافعي في وجه، وفي وجه يصح؛ لعموم قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾.

---

(١) انظر: المحلى لابن حزم (٦/ ١٤٣).
وقوله: (وهذا من تعصبه وسخافة عقله) لعله من المؤلف تعقيبًا على ابن حزم لرميه قول مالك بالفساد، لأن هذا الكلام غير موجود بالمحلى.

وَصِحَّةُ الْقَصْدِ بِمَا ذَكَرْنَا. وَالأَقْلَفُ وَالمَخْتُونُ سَوَاءٌ لِمَا ذَكَرْنَا، وَإِطْلَاقُ الكِتَابِيِّ: يَنْتَظِمُ الكِتَابِيَّ وَالذِّمِّيَّ وَالحَرْبِيَّ وَالعَرَبِيَّ وَالتَّغْلِبِيَّ، لِأَنَّ الشَّرْطَ قِيَامُ المِلَّةِ عَلَى مَا مَرَّ. قَالَ: (وَلَا تُؤْكَلُ ذَبِيحَةُ المَجُوسِيِّ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «سُنُّوا

وقلنا: الذكاةُ، الذبحُ وهو يتحقق ممن له قصد، ولا يصح ممن لا قصد له ولا تمييز، وهو معنى قوله: (**وصحة القصد بما ذكرنا**) وهو يعقل التسمية والقصد والضبط.

(**والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا**) من قوله: إن شرط الحل القصد والضبط؛ فيدخل في عمومات النصوص من قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ و﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ﴾ الآية.

ولا خلاف فيه لعامة العلماء إلا ما روي عن ابن عباس أنه قال: شهادة الأقلف وذبيحته لا تجوز، وهو رواية عن أحمد.

وذبح الأخرس يجوز بإجماع العلماء ولا خلاف فيه.

وقلنا: الأقلف تارك السنة وبهذا لا يخرج عن كونه ذابحًا أهل ملة، كذا ذكره الخصاف.

قوله: (**ولا تؤكل ذبيحة المجوسي**)، وعند بعض أصحاب الظاهر: حكمهم حكم أهل الكتاب، وبه قال أبو ثور؛ لأنه ﷺ قال: «**سنوا بهم سنة أهل الكتاب**»(١)، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب، وقالوا الحديث المذكور في

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٣٩٥ رقم ٩٦٨)، والشافعي في المسند (ص ٢٠٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (٩/ ١٨٩ رقم ١٩١٢٥) عن محمد بن علي: أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ذَكَرَ الْمَجُوسَ فَقَالَ: مَا أَدْرِي كَيْفَ أَصْنَعُ فِي أَمْرِهِمْ، فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمنِ بْنُ عَوْفٍ: أَشْهَدُ لَسَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ».

قال البيهقي: حديث منقطع، وقال ابن الملقن: وهذا منقطع؛ لأن محمد بن علي لم يلق عمر ولا عبد الرحمن، كما نبه عليه ابن عبد البر في تمهيده. البدر المنير (٧/ ٦١٧)، وقال ابن حجر: وهو منقطع. التلخيص الحبير (٣/ ٣٧٥).

وأخرج البخاري (٤/ ٩٦ رقم ٣١٥٦، ٣١٥٧) عن عمرو بن دينار قال: كُنْتُ جَالِسًا مَعَ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ، وَعَمْرِو بْنِ أَوْسٍ فَحَدَّثَهُمَا بَجَالَةُ - سَنَةَ سَبْعِينَ، عَامَ حَجَّ مُصْعَبُ بْنُ الزُّبَيْرِ بِأَهْلِ الْبَصْرَةِ عِنْدَ دَرَجِ زَمْزَمَ - قَالَ: كُنْتُ كَاتِبًا لِجَزْءِ بْنِ مُعَاوِيَةَ، عَمِّ الأَحْنَفِ، فَأَتَانَا كِتَابُ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ قَبْلَ مَوْتِهِ بِسَنَةٍ: فَرِّقُوا بَيْنَ كُلِّ ذِي مَحْرَمٍ مِنَ المَجُوسِ، وَلَمْ يَكُنْ عُمَرُ أَخَذَ الجِزْيَةَ مِنَ المَجُوسِ حَتَّى شَهِدَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَخَذَهَا مِنْ مَجُوسِ هَجَرَ.

بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الكِتَابِ غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلَا آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ» وَلِأَنَّهُ لَا يَدَّعِي التَّوْحِيدَ فَانْعَدَمَتْ المِلَّةُ اعْتِقَادًا وَدَعْوَى. قَالَ: (وَالمُرْتَدِّ) لِأَنَّهُ لَا مِلَّةَ لَهُ. فَإِنَّهُ لَا يُقِرُّ عَلَى مَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ الكِتَابِيِّ إِذَا تَحَوَّلَ إِلَى غَيْرِ دِينِهِ، ....

الكتاب آخره مرسل، ولا حجة في مرسل.

قلنا: كونه مرسلًا غير مسلم، فإن سفيان رواه بإسناده، مع أن المرسل حجة عندنا، خصوصًا إذا عمل به أكثر الصحابة، وأكثر التابعين، والفقهاء، وموافقا لقوله ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ﴾ [المائدة: ٥]، والمجوس ليس منهم؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا﴾ [الأنعام: ١٥٦].

وروى أحمد بإسناده أنه ﷺ قال: «**إذا نَزَلْتُم بفارِسَ مِنَ النَّبَطِ فإذا اشْتَريتُم لَحمًا فإن كانَ مِن يَهودِيٍّ أو نَصرانيٍّ فكُلوا، وإن كانَ مِن مَجوسِيٍّ لَا تَأكلوا**»(١).

قال إبراهيم الحربي: خرق أبو ثور الإجماع، وروى عن ابن المسيب خلافه، ولا خلاف أن صيدهم السمك والجراد يباح أكله.

قوله: (والمرتد) بالجر عطفًا على قوله: (والمجوسي)، يعني لا تؤكل ذبيحة المجوسي وذبيحة المرتد، ولا خلاف أن ذبيحة المرتد لا تؤكل؛ لأنه لا ملة له، فكان [٢/ ٤٠٧/ ب] كالكافر الأصلي، وإن كان ارتد إلى دين أهل الكتاب، فإنه غير مقر على ما أعتقده، وقد ترك ما كان عليه فلا ملة له والنكاح والذبيحة يبنى على الملة، كذا في المبسوط. (**بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينه**) أي: تؤكل ذبيحته عندنا، هذا إذا تحوَّلَ الكتابي إلى دين من هو من أهل الكتاب، كما إذا تهود النصراني، أو تنصر اليهودي، أما لو تمجس لا تؤكل ذبيحته بلا خلاف.

وعند الشافعي، وداود: لا تؤكل ذبيحته إلى(٢) غير دينه مطلقًا؛ لأن بخروجه إلى غير دينه نقض الذمة يباح قتله وصار كالكافر الأصلي.

وقلنا: إذا تحوَّل إلى دين كتابي فيكون من أهل الملة دعوى حالة الذبح وقبله ويُقرُّ على ما اعتقده، والكفر كله ملة واحدة فتحل ذبيحته، كذا في المبسوط.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (١٢/ ٢٥٣ رقم ٣٣٣٦٢)، وعبد الرزاق في المصنف (٦/ ١١٧ رقم ١٠١٧٦) من قول عبد الله بن مسعود ﷺ، موقوفًا.

(٢) كذا في الأصول الخطية: (إلى)، ولعل صوابها: (إذا).

لِأَنَّهُ يُقَرُّ عَلَيْهِ عِنْدَنَا، فَيُعْتَبَرُ مَا هُوَ عَلَيْهِ عِنْدَ الذَّبْحِ لَا مَا قَبْلَهُ. قَالَ: (وَالوَثَنِيِّ) لِأَنَّهُ لَا يَعْتَقِدُ المِلَّةَ.

قَالَ: (وَالمُحْرِمِ) يَعْنِي مِن الصَّيْدِ (وَكَذَا لَا يُؤْكَلُ مَا ذُبِحَ فِي الحَرَمِ مِن الصَّيْدِ) وَالإِطْلَاقُ فِي المُحْرِمِ يَنْتَظِمُ الحِلَّ وَالحَرَمَ، وَالذَّبْحُ فِي الحَرَمِ يَسْتَوِي فِيهِ الحَلَالُ وَالمُحْرِمُ، وَهَذَا لِأَنَّ الذَّكَاةَ فِعْلٌ مَشْرُوعٌ وَهَذَا الصَّنِيعُ مُحَرَّمٌ فَلَمْ تَكُنْ ذَكَاةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا ذَبَحَ المُحْرِمُ غَيْرَ الصَّيْدِ، أَوْ ذَبَحَ فِي الحَرَمِ غَيْرَ الصَّيْدِ، صَحَّ، لِأَنَّهُ فِعْلٌ مَشْرُوعٌ، إِذْ الحَرَمُ لَا يُؤَمِّنُ الشَّاةَ، وَكَذَا لَا يَحْرُمُ ذَبْحُهُ عَلَى المُحْرِمِ.

قَالَ: (وَإِنْ تَرَكَ الذَّابِحُ التَّسْمِيَةَ عَمْدًا: فَالذَّبِيحَةُ مَيْتَةٌ لَا تُؤْكَلُ، وَإِنْ تَرَكَهَا نَاسِيًا: أُكِلَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: أُكِلَ فِي الوَجْهَيْنِ. وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يُؤْكَلُ فِي الوَجْهَيْنِ، وَالمُسْلِمُ وَالكِتَابِيُّ فِي تَرْكِ التَّسْمِيَةِ سَوَاءٌ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا تَرَكَ التَّسْمِيَةَ عِنْدَ إِرْسَالِ البَازِي وَالكَلْبِ، وَعِنْدَ الرَّمْيِ، وَهَذَا القَوْلُ مِن الشَّافِعِيِّ مُخَالِفٌ لِلْإِجْمَاعِ،

قوله: (وهذا الصنيع) أي: قتل المحرم الصيد (محرم) بالنص وهو قوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة:٩٥] نهى عن الفعل الحسي فتوجب انعدام المشروعية، والذكاة فعل مشروع، فلا يكون فعله ذكاة، وكذا ذبح غير الصيد لا يحرم على المحرم؛ لأن الأصل حل الذبح، والحرمة ثبتت بالنص وهو مخصوص بالصيد فلا يتعداه.

قوله: (وقال الشافعي: أكل في الوجهين) أي: في العمد والنسيان، وبه قال أحمد في رواية.

وفي الحلية: وبه قال مالك، وفي غيرها في المغني لابن قدامة: أن عند مالك يحل إذا تركها ناسيًا، ولا يحل عامدًا.

وذكر في الكتاب: عنده لا تؤكل في الوجهين موافقًا لرواية المنظومة، والمشهور عن أحمد مثل قولنا، وهو قول ابن عباس، وطاوس، وابن المسيب، والحسن، والثوري، وإسحاق، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، وجعفر.

وصورة متروك التسمية عمدًا: أن يعلم أن التسمية شرط وتركه مع ذكرها، أما لو تركها من لم يعلم باشتراطها فهو في حكم الناسي، ذكره في الحقائق.

فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ فِيمَنْ كَانَ قَبْلَهُ فِي حُرْمَةِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا، وَإِنَّمَا الخِلَافُ بَيْنَهُمْ فِي مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ نَاسِيًا.

فَمِن مَذْهَبِ ابْنِ عُمَرَ ﷺ أَنَّهُ يَحْرُمُ، وَمِن مَذْهَبِ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ ﷺ أَنَّهُ يَحِلُّ، بِخِلَافِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا، وَلِهَذَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالمَشَايِخُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: إِنَّ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا لَا يَسَعُ فِيهِ الِاجْتِهَادُ، وَلَوْ قَضَى القَاضِي بِجَوَازِ بَيْعِهِ لَا يَنْفُذُ لِكَوْنِهِ مُخَالِفًا لِلْإِجْمَاعِ، لَهُ: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «المُسْلِمُ يَذْبَحُ

قوله: (له) أي: للشافعي قوله عليه الصلاة والسلام «**يذبح على اسم الله تعالى**» الحديث رواه البراء[(١)].

وعن أبي هريرة سئل رسول الله ﷺ عمن نسي التسمية؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «**كُلُوا فإنّ اسْمَ اللهِ في قَلْبِ كُلِّ مُؤمنٍ**»[(٢)] فعلم أن الملة قامت مقام التسمية.

وعن عائشة أنها سألت رسول الله ﷺ أن الأعراب قريب عهد إلى الإسلام يأتوننا بلحوم فلا ندري أَسَمَّوْا عليها أو لم يُسَمُّوا، فقال عليه الصلاة والسلام: «**سَمُّوا أنتُم وَكُلُوا**»، رواه البخاري[(٣)].

فلو كانت التسمية شرطًا للحل لما أمرها بالأكل عند الشك فيها، ولأن التسمية لو كانت شرطًا لكانت مأمورًا بها، وفي المأمورات لا فرق بين النسيان

---

(١) قال ابن الملقن: هذا الحديث لا أعلم من رواه من هذا الوجه بعد البحث عنه، وأغرب الغزالي في (الإحياء) فقال: حديث البراء صحيح. ولا أعلمه مرويًّا من هذا الوجه عوضًا عن كونه صحيحًا. البدر المنير (٩/ ٢٦٣)، وقال ابن حجر: لم أجد هذا اللفظ، وإنما أخرج الدارقطني والبيهقي من حديث ابن عباس: أن النبي ﷺ قال: «المسلمُ يكفيهِ اسمُهُ، فإن نَسِي أن يسمّي حينَ يذبحُ فلْيُسَمِّ ولْيذكُرِ اسمَ اللَّهِ ثمّ ليأكُلْ»، ورواه سعيد بن منصور، وعبد الرزاق، والحميدي من هذا الوجه فوقفوه، وصوَّب الحفاظ وقفه. الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٢٠٦).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩/ ٢٤٠ رقم ١٩٣٦٧) بنحوه.
قال البيهقي: هذا الحديث منكر بهذا الإسناد، وقال ابن حجر: قلت: الحديث الذي اعتمد عليه -الغزالي- وحكم بصحته بالغ النووي في إنكاره فقال: هو مجمع على ضعفه، قال: وقد أخرجه البيهقي... فتح الباري (٩/ ٦٣٦).

(٣) أخرجه البخاري (٣/ ٥٤ رقم ٢٠٥٧).

عَلَى اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى سَمَّى أَوْ لَمْ يُسَمِّ»، وَلِأَنَّ التَّسْمِيَةَ لَوْ كَانَتْ شَرْطًا لِلْحِلِّ لَمَا سَقَطَتْ بِعُذْرِ النِّسْيَانِ، كَالطَّهارَةِ فِي بَابِ الصَّلَاةِ، وَلَوْ كَانَتْ شَرْطًا فَالمِلَّةُ أُقِيمَتْ مَقَامَهَا كَمَا فِي النَّاسِي، وَلَنَا: الكِتَابُ، وَهُوَ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] الآيَةَ، نَهْيٌ وَهُوَ لِلتَّحْرِيمِ.

والعمد كقطع الحلقوم، والأوداج، وكالطهارة والتكبير والقراءة في الصلاة، وإنما يقع الفرق بينهما في المزجورات كالأكل والشرب في الصوم.

ولأنها ذكاة لاستصلاح الأكل فكان ندبًا لا حتمًا كما في الخبز، والطبخ، والأكل، ولهذا حلت لنا ذبائح أهل الكتاب، وإن ذكروا اسم الله؛ لأنهم يريدون غير الله.

قوله: (نهي وهو) أي[1]: النهي المطلق (للتحريم) فيدل عليه قول الله تعالى: ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام:١٢١] كناية عن الأكل، والفسق أكل الحرام، ولو كان كناية عن المذبوحِ فالمذبوحُ الذي يسمى فسقًا شرعًا يكون حراما.

فإن قيل: النص مجمل لا يحتمل الذكر حالة الذبح، وحالة الطبخ، وحالة الأكل، فلم يصح الاحتجاج به.

قلنا: حالة الطبخ، وحالة الأكل غير مراد بالإجماع بيننا، وبإجماع السلف أن المراد حالة الذبح.

فإن قيل: الذِّكر يكون باللسان ويكون بالقلب كما في قوله تعالى: ﴿وَأَقِمِ الصَّلَوٰةَ لِذِكْرِيٓ﴾ [طه:١٤].

وقال ﷺ: «**مَن نامَ عن صَلاةٍ أو نَسِيَها فَلْيُصَلِّها إذا ذَكَرَها**»[2] فيكون المراد مطلق الذكر سواء كان باللسان أو بالقلب.

وفي حالة العمد الذكر بالقلب موجود بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: «**اسمُ اللهِ في قَلْبِ كُلِّ مُؤمِنٍ**»[3]، ولأن الذكر بالقلب مراد بالإجماع، فلا يكون

---

(١) في الأصل (أن)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه البخاري (١/ ١٢٢، رقم ٥٩٧)، ومسلم (١/ ٤٧٧، رقم ٦٨٤) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٣) تقدم تخريجه قريبًا.

وَالإِجْمَاعُ وَهُوَ مَا بَيَّنَّا. وَالسُّنَّةُ، وَهُوَ حَدِيثُ عَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ الطَّائِيِّ ﵁ فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ فِي آخِرِهِ: «فَإِنَّك إِنَّمَا سَمَّيْت عَلَى كَلْبِك وَلَمْ تُسَمِّ عَلَى

الذكر باللسان مرادًا وإلا لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز؛ لأن الذكر من حيث القلب حقيقة؛ لأن ضده النسيان يكون بالقلب أو العموم للمشترك.

قلنا: في الآية المراد الذكر باللسان؛ لأنه ذَكَرَ الذِّكْرَ عليه، والذِّكرُ عليه يكون باللسان، فإنه يقال: ذكر عليه إذا ذكره باللسان، وإذا ذكره بالقلب يقال: ذكره، غير مقرون [٢/٤٠٨/أ] بكلمة على، ولأن الذكر عليه أن يقصد إيقاع الذكر عليه، وإنما يقصد إلى الذكر بعد العلم؛ لأن القصد إلى ما لا يعلم محال، وهذا لا يتصور في الذكر بالقلب؛ لأنه يحصل بمجرد الوقوع في البال، فكيف يتصور القصد إلى إيقاعه عليه؟ كذا في المحيط، والفوائد الشاهية.

وأما قوله: لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز، أو عموم المشترك غير مسلم، فإن الذكر للأمرين حقيقة؛ لوجود الاستعمال فيهما عرفًا، وضد الذكر السكوت أيضًا، وهو يكون باللسان، فكان حقيقة فيهما، ولا يلزم عموم المشترك؛ لأنه مشترك معنوي، وهو المطلق لا المشترك اللفظي.

فإن قيل: الناسي مخصوص بالإجماع، ولو أريد به ظاهره لجرت المحاجة في السلف، وظهر الانقياد، وارتفع الخلاف، فيختص العامل بالقياس وخبر الواحد.

قلنا: الناسي غير مخصوص؛ لأنه ذاكر تقديرًا لقيام الملة مقام الذكر.

فإن قيل: في العام كذلك لقيام الملة مقام الذكر أيضًا.

قلنا: أقام الملة مقام الذكر في حق الناسي بالحديث، وهو معذور مستحق النظر والتخفيف، أما العامد غير معذور، ولأن الناسي لا يخلو من أن يكون مرادًا منه أو لا، فإن كان مرادًا لا يكون مخصوصًا، وحينئذٍ يلزم إرادة العامل صونًا للنص عن التعطيل، وهذا البحث بتمامه مذكور في شرحنا بيان الأصول للبزدوي.

قوله: (**فإنه ﷺ قال في آخره**) أي: في آخر حديث عَدِيّ، أوله قوله عليه الصلاة والسلام: «**إذا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ وسَمَّيْتَ فَكُلْ**»، قلت: أرسِلُ كلبي فأجد معه كلبًا آخر، قال عليه الصلاة والسلام: «**لا تَأْكُلْ فإنكَ إنّما سَمَّيْتَ علَى كَلبِكَ**

كَلْبِ غَيْرِك» عَلَّلَ الحُرْمَةَ بِتَرْكِ التَّسْمِيَةِ.

وَمَالِكٌ يَحْتَجُّ بِظَاهِرِ مَا ذَكَرْنَا، إِذْ لَا فَصْلَ فِيهِ وَلَكِنَّا نَقُولُ: فِي اعْتِبَارِ ذَلِكَ مِن الحَرَجِ مَا لَا يَخْفَى، لِأَنَّ الإِنْسَانَ كَثِيرُ النِّسْيَانِ، وَالحَرَجُ مَدْفُوعٌ وَالسَّمْعُ غَيْرُ مُجْرًى عَلَى ظَاهِرِهِ، إِذْ لَوْ أُرِيدَ بِهِ لَجَرَتْ المُحَاجَّةُ وَظَهَرَ الِانْقِيَادُ وَارْتَفَعَ الخِلَافُ فِي الصَّدْرِ الأَوَّلِ. وَالإِقَامَةُ فِي حَقِّ النَّاسِي، وَهُوَ مَعْذُورٌ لَا يَدُلُّ عَلَيْهَا فِي حَقِّ العَامِدِ وَلَا عُذْرَ، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ النِّسْيَانِ، ثُمَّ التَّسْمِيَةُ فِي ذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ تُشْتَرَطُ عِنْدَ الذَّبْحِ ....

ولَمْ تُسَمِّ علَى كَلْبِ غيرِكَ» متفق عليه(١)، وفي لفظ آخر **«إذا خالط كِلابًا لَمْ يُذكَرْ اسمُ اللهِ علَيها وقَتَلْنَ لَا تَأكُلْ»**(٢).

وروى سعيد بن منصور بإسناده عن راشد بن سعد قال: قال رسول الله ﷺ: **«ذَبيحةُ المُسلِمِ حلالٌ وإنْ لَمْ يُسَمِّ إذا لم يَتَعمد»**(٣).

قوله: (والسمع غير مجرى على ظاهره) جواب عن قول مالك.

وقوله: (والإقامة في حق الناسي) إلى آخره، عن قول الشافعي **(وهو معذور لا في حق العامد)** كما ذكرنا، وما رواه الشافعي عن حالة النسيان بدليل ما روي في بعض الروايات، وإن تعمد لم يَحِلَّ، وحديث سعيد بن منصور.

وأما حديث عائشة فدليلنا؛ لأنها سألت عن الأكل عند وقوع الشك في التسمية، فذلك دليل على أنه كان معروفًا عندها أن التسمية من شرائط الحل، وإنما أمرها بالأكل بناء على الظاهر أن المسلم لا يدع التسمية عمدًا، كمن اشترى لحمًا في السوق يباح له التناول بناء على الظاهر، وإن كان يتوهم أنه ذبيحة مجوسي.

وما ذكره من الفرق بين المأمور والمزجور غير معتبر، فإن الأكل في الصلاة مزجور، ويستوي فيه النسيان والعمد، وكذا الجماع في الإحرام كذلك.

قوله: (يشترط عند الذبح) وفي التحفة: ينبغي أن يريد بالتسميةِ التسميةَ على

---

(١) أخرجه البخاري (١/ ٤٦ رقم ١٧٥)، ومسلم (٣/ ١٥٢٩ رقم ١٩٢٩).
(٢) أخرجه البخاري (٧/ ٨٧ رقم ٥٤٨٤).
(٣) أخرجه الحارث في مسنده كما في المطالب العالية (١٠/ ٥٢٠ رقم ٢٣١٧).

وَهِيَ عَلَى المَذْبُوحِ. وَفِي الصَّيْدِ تُشْتَرَطُ عِنْدَ الإِرْسَالِ وَالرَّمْيِ وَهِيَ عَلَى الآلَةِ، لِأَنَّ المَقْدُورَ لَهُ فِي الأَوَّلِ: الذَّبْحُ، وَفِي الثَّانِي: الرَّمْيُ، وَالإِرْسَالُ دُونَ الإِصَابَةِ، فَتُشْتَرَطُ عِنْدَ فِعْلٍ يَقْدِرُ عَلَيْهِ، حَتَّى إِذَا أَضْجَعَ شَاةً وَسَمَّى فَذَبَحَ غَيْرَهَا بِتِلْكَ التَّسْمِيَةِ: لَا يَجُوزُ. وَلَوْ رَمَى إِلَى صَيْدٍ وَسَمَّى وَأَصَابَ غَيْرَهُ: حَلَّ، وَكَذَا فِي الإِرْسَالِ، وَلَوْ أَضْجَعَ شَاةً وَسَمَّى، ثُمَّ رَمَى بِالشَّفْرَةِ وَذَبَحَ بِالأُخْرَى: أُكِلَ، وَلَوْ سَمَّى عَلَى سَهْمٍ، ثُمَّ رَمَى بِغَيْرِهِ صَيْدًا: لَا يُؤْكَلُ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَذْكُرَ مَعَ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى شَيْئًا غَيْرَهُ. وَأَنْ يَقُولَ عِنْدَ الذَّبْحِ: اللَّهُمَّ تَقَبَّلْ مِن فُلَانٍ) وَهَذِهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ: إِحْدَاهَا أَنْ يَذْكُرَ مَوْصُولًا لَا مَعْطُوفًا:

الذبيحة، أما لو أراد التسمية عند افتتاح العمل لا يحل.

قوله: (**المقدور له في الأول الذبح**) أي: في ذكاة الاختيار، فيشترط عند فعل يقدر عليه، وهذا لأن التسمية تقترن[1] بفعله والقطع من فعله، والاصطياد فعله الإرسال والرمي، يؤيده قوله ﷺ: «**لِأنكَ إنّما سَمَّيتَ علَى كلبِكَ**» شرط التسمية على الكلب، والسهم نظير الكلب؛ لأنه آلة يعمل منفصلًا عن صاحبه، كذا ذكره شيخ الإسلام، ولا خلاف فيه للفقهاء.

قوله: (**بتلك التسمية لا يجوز**) ولا خلاف للأئمة الثلاثة فيه؛ لأن التسمية كانت الأولى لا عليها.

(**أو أصاب غيره حل**) أي: بلا خلاف؛ لأن التسمية هنا على الآلة، وهي لم تتبدل.

قوله: (**وهذه ثلاث مسائل**) ففي الأولى: يكره من غير تحريم، وفي الثانية: يحرم، وفي الثالثة: حلال.

ونظيره أن يقول: بسم اللهِ محمدٌ رسول الله برفع (محمد)، ولو قال بخفض محمد لا يحل، ذكره في النوازل.

وقيل: هذا إذا كان يعرف النحو. وقيل: على قياس ما روي عن محمد أنه لا يرى الخطأ في النحو معتبرًا في باب الصلاة ونحوها، كذا في الذخيرة، ذكره

---

(١) في الأصل: (يعنون)، والمثبت من النسخة الثانية.

فَيُكْرَهُ، وَلَا تَحْرُمُ الذَّبِيحَةُ. وَهُوَ المُرَادُ بِمَا قَالَ. وَنَظِيرُهُ أَنْ يَقُولَ: بِاسْمِ اللَّهِ مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ. لِأَنَّ الشَّرِكَةَ لَمْ تُوجَدْ فَلَمْ يَكُنْ الذَّبْحُ وَاقِعًا لَهُ. إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ لِوُجُودِ القُرْآنِ صُورَةً فَيُتَصَوَّرُ بِصُورَةِ المُحَرَّمِ. وَالثَّانِيَةُ: أَنْ يَذْكُرَ مَوْصُولًا عَلَى وَجْهِ العَطْفِ وَالشَّرِكَةِ بِأَنْ يَقُولَ: بِاسْمِ اللَّهِ وَاسْمِ فُلَانٍ، أَوْ يَقُولَ: بِاسْمِ اللَّهِ وَفُلَانٍ. أَوْ بِاسْمِ اللَّهِ وَمُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ بِكَسْرِ الدَّالِ فَتَحْرُمُ الذَّبِيحَةُ، لِأَنَّهُ أَهَلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ.

وَالثَّالِثَةُ: أَنْ يَقُولَ مَفْصُولًا عَنْهُ صُورَةً وَمَعْنًى، بِأَنْ يَقُولَ قَبْلَ التَّسْمِيَةِ وَقَبْلَ أَنْ يُضْجِعَ الذَّبِيحَةَ، أَوْ بَعْدَهُ، وَهَذَا لَا بَأْسَ بِهِ لِمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ بَعْدَ الذَّبْحِ: «اللَّهُمَّ تَقَبَّلْ هَذِهِ عَنْ أُمَّةِ مُحَمَّدٍ مِمَّنْ شَهِدَ لَكَ بِالوَحْدَانِيَّةِ وَلِي بِالبَلَاغِ» وَالشَّرْطُ هُوَ الذِّكْرُ الخَالِصُ المُجَرَّدُ عَلَى مَا قَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ ﷺ: «جَرِّدُوا التَّسْمِيَةَ»

التمرتاشي. لو ذكر مع اسم الله اسمَ محمد بغير واو إما أن ينصب محمدًا، أو يرفعه، أو يخفضه، يحل في كلها؛ لأن اسم الرسول مذكور على غير سبيل العطف؛ فيكون مبتدئًا، لكن يكره لوجود الوصل صورة، [٢/٤٠٨/ب] وإن ذكر مع الواو إن خفضه لا يحل، وإن رفعه يحل؛ لأنه كلام مبتدأ، وإن نصبوا اختلفوا فيه، وعلى هذا القياس ذكر اسمًا آخر مع اسم الله تعالى.

وفي مبسوط شيخ الإسلام: ولو قال: بسم الله، والله أكبر، وصلى الله على محمد، وإن أراد بذكر محمد الإشراك في التسمية لا يحل، وإن أراد التبرك دون الإشراك يحل.

قوله: (عن أمة محمد) إلى آخره، في المبسوط: ولا ينبغي أن يذكر مع اسم الله غيره، إذا أراد أن يدعو فيقول: تقبل من فلان، وينبغي أن يقدم ذلك على الذبح أو يؤخره عنه، ولا يذكر مع الحز، وهو تأويل الحديث.

قوله: (جردوا التسمية) ولأنا أُمرنا بذكر الله عند الذبح تحقيقًا لمخالفة المشركين، فإنهم كانوا يذبحون بآلهتهم، ويجردون تسمية آلهتهم تعظيمًا فنحن أُمرنا بتجريد اسم الله تعالى تعظيمًا له خلافًا لصنيعهم.

وقال ﷺ: **«موطنان لا أُذكَرُ فِيهما: عِندَ العُطاسِ، وعِندَ الذّبحِ»** (١)، كذا

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٨٦/٩ رقم ١٩٦٥٤) من حديث عبد الرحيم بن زيد=

حَتَّى لَوْ قَالَ عِنْدَ الذَّبْحِ: اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي، لَا يَحِلُّ، لِأَنَّهُ دُعَاءٌ وَسُؤَالٌ، وَلَوْ قَالَ الحَمْدُ لِلَّهِ، أَوْ سُبْحَانَ اللَّهِ، يُرِيدُ التَّسْمِيَةَ: حَلَّ، وَلَوْ عَطَسَ عِنْدَ الذَّبْحِ فَقَالَ: الحَمْدُ لِلَّهِ لَا يَحِلُّ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ. لِأَنَّهُ يُرِيدُ بِهِ الحَمْدَ عَلَى نِعَمِهِ دُونَ التَّسْمِيَةِ. وَمَا تَدَاوَلَتْهُ الأَلْسُنُ عِنْدَ الذَّبْحِ وَهُوَ قَوْلُهُ: بِاسْمِ اللَّهِ وَاللَّهُ أَكْبَرُ، مَنْقُولٌ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما فِي قَوْله تَعَالَى: ﴿فَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهَا صَوَآفَّ﴾ [الحج: ٣٦] قَالَ: (وَالذَّبْحُ بَيْنَ الحَلْقِ وَاللَّبَّةِ) وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لَا بَأسَ بِالذَّبْحِ فِي الحَلْقِ كُلِّهِ وَسَطِهِ

في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: (أو سُبحانَ اللهِ يريدُ التسميةَ، حَلَّ) ويفرق أبو يوسف بين هذا وبين التكبير ويقول: المأمور به هاهنا الذكر، قال الله تعالى: ﴿فَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهَا صَوَآفَّ﴾ [الحج:٣٦]، وهناك المأمور به التكبير، وبهذه الألفاظ لا يكون تكبيرًا؛ فلا يكون شارعًا، أما يكون ذاكرًا بهما ولو عطس فقال: الحمد لله، يريد به التحميد على العطاس وذبح لم يحل في الأصح.

أما لو قال الخطيب: الحمد لله، عند العطاس يجوز أن يصلي الجمعة بذلك القدر عند أبي حنيفة -رحمه الله- في رواية، ذكره في المبسوط؛ لأن هناك المأمور به ذكر الله تعالى مطلقًا، وهاهنا الذكر على الذبح ولم يوجد.

قوله: (منقول عن ابن عباس) إلى آخره، وفي الذخيرة: قال البقالي: المستحب أن يقول: بسم الله، والله أكبر.

وقال الحلواني: المستحب أن يقول: بسم الله، الله أكبر بدون الواو، وقال: مع الواو يكره؛ لأنه يقطع فور التسمية.

قوله: (والحلق(١) بين الحلق واللبة)، وفي المبسوط: ما بين اللبة واللحيين(٢).

= العمي عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تَذكُروني عندَ ثَلاثٍ: عندَ تسميةِ الطّعامِ، وعندَ الذّبحِ، وعندَ العُطاسِ».
وقال: هذا منقطع، وعبد الرحيم وأبوه ضعيفان، وسليمان بن عيسى السجزي في عداد من يضع الحديث.

(١) كذا في الأصول الخطية: (والحلق)، وتقدم من المتن: (والذبح بين الحلق واللَّبة).

(٢) المبسوط للسرخسي (١١/ ٢٥٥).

وَأَعْلَاهُ وَأَسْفَلِهِ، وَالأَصْلُ فِيهِ: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الذَّكَاةُ مَا بَيْنَ اللَّبَّةِ وَاللَّحْيَيْنِ»، وَلِأَنَّهُ مَجْمَعُ المَجْرَى وَالعُرُوقِ، فَيَحْصُلُ بِالفِعْلِ فِيهِ إِنْهَارُ الدَّمِ عَلَى أَبْلَغِ الوُجُوهِ فَكَانَ حُكْمُ الكُلِّ سَوَاءً. قَالَ: (وَالعُرُوقُ الَّتِي تُقْطَعُ فِي الذَّكَاةِ أَرْبَعَةٌ: الحُلْقُومُ، وَالمَرِيءُ، وَالوَدَجَانِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَفْرِ الأَوْدَاجَ بِمَا شِئْت».

والأصل فيه قوله ﷺ: «**[الذَّكاةُ]**[١] ما بينَ اللَّبَّةِ واللّحْيَيْنِ»[٢] وفي رواية: قال ﷺ: «**فِي الحَلْقِ واللَّبَّةِ**»[٣] ولا يجوز الذبح في غير هذا المحل في الذكاة الاختياري بإجماع العلماء، وإنما أعاد لفظ الجامع لما أن بين رواية المبسوط والجامع الصغير اختلافًا من حيث الظاهر، فإن رواية المبسوط تقتضي الحل فيما إذا وقع الذبح فوق الحلق قبل العقدة؛ لأنه بين اللَّبةِ واللَّحْيَينِ فيَحِلُّ.

وفي رواية الجامع يقتضي أن لا يحل؛ لأن على روايته محل الذبح الحلق، فلما وقع قبل العقدة لم يكن الحلق محل الذبح، فلا يجوز فتكون رواية الجامع مقيدة لإطلاق رواية المبسوط.

وقد صرح في الذخيرة أن الذبح إذا وقع أعلى الحلقوم قبل العقدة لا يحل، كذا ذكره في فتاوى أهل سمرقند، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

ولكن ذكر الإمام الرُّسْتُغفَنِي[٤] في فوائده: يحل؛ لأن المعتبر قطع أكثر الأوداج، وقد وجد سواء كان فوق العقدة أو تحته.

وفي الخلاصة: هذا خلاف فتوى عامة المشايخ، قال صاحب النهاية: كان شيخي يفتي به، وكان يقول الإمام الرُّسْتُغفَنِي: معتمد في القول والعمل، فلو أخذنا يوم القيامة بسبب العمل بقوله نحن نأخذه أيضًا.

قوله: (**فكان حكم الكل سواء**) أي: الأعلى والأوسط والأسفل.

قوله: (أفرى) الإفراء القطع للإفساد والفري للإصلاح.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٢) قال ابن حجر: لم أجده، وإنما في الدارقطني من حديث أبي هريرة: بعث رسول الله ﷺ بَديلَ ابن ورقاء الخزاعي على جمل أورق يصيح في فجاج مِنىً: «أَلَا إنّ الذّكاةَ فِي الحَلْقِ واللّبّة»، وإسناده واهٍ. الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٢٠٧).

(٣) انظر الحديث السابق.

(٤) في الأصل: (الرستفغني) بتقديم الفاء على الغين، وقد تقدمت ترجمته.

وَهِيَ: اسْمُ جَمْعٍ، وَأَقَلُّهُ الثَّلَاثُ، فَيَتَنَاوَلُ المَرِيءَ وَالوَدَجَيْنِ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي الِاكْتِفَاءِ بِالحُلْقُومِ وَالمَرِيءِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ قَطْعُ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ إِلَّا بِقَطْعِ الحُلْقُومِ فَيَثْبُتُ قَطْعُ الحُلْقُومِ بِاقْتِضَائِهِ، وَبِظَاهِرِ مَا ذَكَرْنَا يَحْتَجُّ مَالِكٌ، وَلَا يُجَوِّزُ الأَكْثَرَ مِنهَا، بَلْ يَشْتَرِطُ قَطْعَ جَمِيعِهَا (وَعِنْدَنَا: إِنْ قَطَعَهَا حَلَّ الأَكْلُ، وَإِنْ قَطَعَ أَكْثَرَهَا فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَالَا: لَا بُدَّ مِن قَطْعِ الحُلْقُومِ وَالمَرِيءِ وَأَحَدِ الوَدَجَيْنِ(*). قَالَ ﷺ: هَكَذَا ذَكَرَ القُدُورِيُّ الِاخْتِلَافَ فِي مُخْتَصَرِهِ. وَالمَشْهُورُ فِي كُتُبِ مَشَايِخِنَا - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - أَنَّ هَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَحْدَهُ. وَقَالَ فِي الجَامِعِ

قوله: (وهي) [أي][1] الأوداج (**اسم جمع وأقله الثلاث**)، ولا يقال: معنى الجمعية غير مراعى في الجمع المحلى بالألف واللام كما ذكر في الأصول؛ لأنا نقول معنى الجمعية إنما يلغى إذا كان الواحد يجوز أن يكون مرادًا والباقي محتملًا.

وهاهنا الواحد غير مراد بالإجماع، فلا يلغى مع الجمعية، وليس هذا الجمع من قبيل قوله ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ﴾؛ لأن هذا الجمع من باب التغليب للحلقوم، والمريء، والودجين، فلم يكن نظير سائر الجموع من العبيد والنساء؛ لما أن أفرادها ليست بمتحدة، فكان كل واحد مرادًا عند الألف واللام.

(وهو) أي: قوله ﷺ: «**أَفْرَى الأَوْدَاجَ**»[2] (**حجة على الشافعي في اكتفائه بالحلقوم والمريء**)، وبه قال أحمد.

وعن الإِصْطَخْرِي من أصحاب الشافعي: يكفي قطع الحلقوم أو المريء.

وفي الحلية: وهذا خلاف نص الشافعي وخلاف الإجماع.

قوله: (أن هذا) أي: كون قطع الكل شرطًا (**قول** [٢/ ٤٠٩/أ] **أبي يوسف وحده**) كما قال مالك، وأحمد في رواية، يعني لا قول محمد معه كما ذكره في المختصر.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) قال ابن حجر: لم أجده، ويغنى عنه حديث: «أَنهِرِ الدَّمَ بِما شِئْتَ»، متفق عليه من حديث عدي بن حاتم. الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٢٠٧).

الصَّغِيرِ: إِنْ قَطَعَ نِصْفَ الحُلْقُومِ وَنِصْفَ الأَوْدَاجِ: لَمْ يُؤْكَلْ. وَإِنْ قَطَعَ أَكْثَرَ الأَوْدَاجِ وَالحُلْقُومَ قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ أُكِلَ.

وَلَمْ يَحْكِ خِلَافًا فَاخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ فِيهِ. وَالحَاصِلُ: أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا قَطَعَ الثَّلَاثَ؛ أَيَّ ثَلَاثٍ كَانَ، يَحِلُّ، وَبِهِ كَانَ يَقُولُ أَبُو يُوسُفَ أَوَّلًا ثُمَّ رَجَعَ إِلَى مَا ذَكَرْنَا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ يَعْتَبِرُ أَكْثَرَ كُلِّ فَرْدٍ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، لِأَنَّ كُلَّ فَرْدٍ مِنهَا أَصْلٌ بِنَفْسِهِ لِانْفِصَالِهِ عَنْ غَيْرِهِ، وَلِوُرُودِ الأَمْرِ بِفَرْيِهِ، فَيُعْتَبَرُ أَكْثَرُ كُلِّ فَرْدٍ مِنهَا. وَلِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ المَقْصُودَ مِن قَطْعِ الوَدَجَيْنِ إِنْهَارُ الدَّمِ، فَيَنُوبُ أَحَدُهُمَا عَنْ الآخَرِ، إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مَجْرَى الدَّمِ. أَمَّا الحُلْقُومُ فَيُخَالِفُ المَرِيءَ: فَإِنَّهُ مَجْرَى العَلَفِ وَالمَاءِ، وَالمَرِيءُ مَجرَى النَّفَسِ فَلَا بُدَّ مِن قَطْعِهِمَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الأَكْثَرَ يَقُومُ مَقَامَ الكُلِّ فِي كَثِيرٍ مِن الأَحْكَامِ، وَأَيُّ ثَلَاثٍ قَطَعَهَا فَقَدْ قَطَعَ الأَكْثَرَ مِنهَا، وَمَا هُوَ المَقْصُودُ يَحْصُلُ بِهَا، هُوَ إِنْهَارُ الدَّمِ المَسْفُوحِ وَالتَّوْحِيَةُ فِي إِخْرَاجِ الرُّوحِ، لِأَنَّهُ لَا يَحْيَا بَعْدَ قَطْعِ مَجْرَى النَّفَسِ أَوْ الطَّعَامِ، وَيَخْرُجُ الدَّمُ بِقَطْعِ أَحَدِ الوَدَجَيْنِ فَيُكْتَفَى بِهِ تَحَرُّزًا عَنْ زِيَادَةِ التَّعْذِيبِ، ....

والشافعي يقول: بقطع الحلقوم والمريء لا تبقى الحياة فيحصل المقصود، ولأنه قطع في محل الذبح فيكتفى بذلك.

قلنا: قال ﷺ «**أَنْهَرَ الدَّمَ**»(١) وإنهار الدم لا يحصل بدون أحد الودجين.

وروى أبو هريرة أنه ﷺ نهى عن شريطة الشيطان، وهي التي تذبح بقطع الجلد ولا تَفْري الأوداج ثم تترك حتى تموت، رواه أبو داود، وفي بعض نسخ الهداية (**والمريء مجرَى النَّفَسِ**).

وقيل: هذا ليس بصحيح بل الحلقوم مجرى النفس، والمريء مجرى الطعام والماء، وهكذا ذكر في الإيضاح، والمُغرِب، وتاجِ الأسامي، وكُتُبِ أصحاب الشافعي، فيكون الصحيح: والحلقوم مجرى النفس.

قوله: (**والتوحية**) التوحية بالحاء المهملة: تفعيل من الوحى بالقصر والمد،

---

(١) أخرجه البخاري (٣/١٣٨، رقم ٢٤٨٨)، ومسلم (٣/١٥٥٨، رقم ١٩٦٨) من حديث رافع بن خديج رضي الله عنه.

بِخِلَافِ مَا إِذَا قَطَعَ النِّصْفَ، لِأَنَّ الأَكْثَرَ بَاقٍ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَقْطَعْ شَيْئًا احْتِيَاطًا لِجَانِبِ الحُرْمَةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ الذَّبْحُ بِالظُّفرِ وَالسِّنِّ وَالقَرْنِ إِذَا كَانَ مَنْزُوعًا، حَتَّى لَا يَكُونُ بِأَكْلِهِ بَأسٌ، إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ هَذَا الذَّبْحُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: المَذْبُوحُ مَيْتَةٌ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كُلُّ مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَأَفْرَى الأَوْدَاجَ مَا خَلَا الظُّفْرَ وَالسِّنَّ فَإِنَّهُمَا مُدَى الحَبَشَةِ» وَلِأَنَّهُ فِعْلٌ غَيْرُ مَشْرُوعٍ، فَلَا يَكُونُ ذَكَاةً، كَمَا إِذَا ذُبِحَ بِغَيْرِ المَنْزُوعِ، وَلَنَا: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَنْهِرْ الدَّمَ بِمَا شِئْت» وَيُرْوَى: «أَفْرِ الأَوْدَاجَ بِمَا

وهو السرعة، وَوَحَى الذبيحة إذا ذبحها وَحْيًا أي: سريعًا، كذا في الصحاح.

قوله: (**بخلاف ما إذا قطع النصف**) أي: نصف الأربعة، وهي الاثنان من هذه العروق، وحيث لا يحل؛ (**لأن الأكثر**) أي: أكثر المرخص وهو الثلاث (**باق**) لأن الاثنين لمّا كانا باقيين كان أكثر المرخص وهو الثلاث باقيًا؛ فلا يحل.

وقيل: المعفو واحد من الأربعة، فإذا ترك اثنين فقد ترك أكثر المرخص المعفو فلا يحل، ولأن النصف ليس له حكم الكل، والمستحب عند جميع العلماء قطع الكل.

قوله: (**وقال الشافعي: المذبوح ميتة**) أي: المذبوح بالسن والظفر المنزوعين، وغير المنزوعين، وبه قال أحمد.

وعن مالك كقولنا لقوله عليه الصلاة والسلام: «**كُلُّ ما أَنْهَرَ الدَّمَ**» أي: ذبيحة ما أنهر الدم، بطريق حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه أو معناه، كل ما أنهر دمه إطلاقًا لاسم الحال على المحل كما في قوله: ﴿خُذُواْ زِينَتَكُمْ﴾ [الأعراف:٣١] كذا نقل عن العلامة حافظ الدين رحمه الله، أو معناه كل ما تحقق فيه إنهار الدم.

وروي عن الإسْبِيجابي: أنه قال: سئل رسول الله ﷺ عن آلة الذبح فقال: «**كُلُّ ما أَنْهَرَ الدَّمَ وأَفْرَى الأَوْداجَ**»، والفقهاء تركوا مقدمة الحديث، هكذا ذكر الحديث في غرائب الحديث أبو عبيدة، كذا في الخبازية.

شِئْت» وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى غَيْرِ المَنْزُوعِ، فَإِنَّ الحَبَشَةَ كَانُوا يَفْعَلُونَ ذَلِكَ، وَلِأَنَّهُ آلَةٌ جَارِحَةٌ فَيَحْصُلُ بِهِ مَا هُوَ المَقْصُودُ، وَهُوَ إِخْرَاجُ الدَّمِ، وَصَارَ كَالحَجَرِ وَالحَدِيدِ، بِخِلَافِ غَيْرِ المَنْزُوعِ، لِأَنَّهُ يُقْتَلُ بِالثِّقْلِ فَيَكُونُ فِي مَعْنَى المُنْخَنِقَةِ، وَإِنَّمَا يُكْرَهُ، لِأَنَّ فِيهِ اسْتِعْمَالَ جُزْءِ الآدَمِيِّ، وَلِأَنَّ فِيهِ إِعْسَارًا عَلَى الحَيَوَانِ، وَقَدْ أُمِرْنَا فِيهِ بِالإِحْسَانِ.

قوله: (وما رواه) [أي][(١)] الشافعي (محمول على غير المنزوع) إذ عادتهم أنهم يفعلون ذلك إظهارًا للجلادة، فإنهم لا يقلمون ظفرًا، ويحدون الأسنان بالمبرد، ويقاتلون بالخدش والعض، هكذا ذكره النسفي.

وفي الأسرار: فلو لم يكن تعليله عليهم بقوله: «**فَإِنَّهُمَا مُدَى الحَبَشَةِ**»[(٢)] لفهمنا عنه غير المنزوع؛ لأن السن والظفر مطلقًا يذكر ويراد به غير المنزوع، أما المنزوع يذكر مقيدًا، يقال: سِنٌّ منزوع، وظفر منزوع، ولم يذكر مطلقًا، أما القرن ينبغي أن لا يكره بالنظر إلى تعليله عليه الصلاة والسلام.

قوله: (**ولأنه**) أي: المنزوع (**آلة جارحة**) إلى آخره.

(**لأنه**) [أي][(٣)]: غير المنزوع (**يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة**)؛ لأن الذبح انقطاع بالحِدَّةِ.

يؤيد ذلك ما روى الطحاوي عن أبي رجاء العطاردي قال: خرجنا حاجًّا فصاد رجل أرنبًا فذبحها بظفرهِ فأكلوها ولم آكل معهم، فلما قدمنا البلد سألنا ابن عباس عنها فقال: لَعَلّك أكلت معهم؟، قلت: لا، قال: أطيبت[(٤)]، إنما قتَلَها خنقًا، فعلى هذه النكتة ينبغي أن لا يحل بالقرن الغير المنزوع.

قوله: (**وإنما يكره**) أي: الذبح (**لأن فيه**) أي: في الذبح بالمنزوع (**استعمال جزء الآدمي**) وآلة الذبح غير الذابح، والآدمي مكرم مع أجزائه، فلا ينبغي شيء أن يكون من أجزائه مهانًا (**وقد أمرنا فيه**) أي: في الذبح (**بالإحسان**)

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه البخاري (٣/١٣٨، رقم ٢٤٨٨)، ومسلم (٣/١٥٥٨، رقم ١٩٦٨) من حديث رافع بن خديج رضي الله عنه.

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٤) هكذا في المخطوط والصواب: (أَصَبتَ).

قَالَ: (وَيَجُوزُ الذَّبْحُ بِاللِّيطَةِ وَالمَرْوَةِ، وَكُلِّ شَيْءٍ أَنْهَرَ الدَّمَ، إِلَّا السِّنَّ القَائِمَ وَالظُّفْرَ القَائِمَ) فَإِنَّ المَذْبُوحَ بِهِمَا مَيْتَةٌ لِمَا بَيَّنَّا، وَنَصَّ مُحَمَّدٌ فِي «الجَامِعِ الصَّغِيرِ» عَلَى أَنَّهَا مَيْتَةٌ، لِأَنَّهُ وَجَدَ فِيهِ نَصًّا. وَمَا لَمْ يَجِدْ فِيهِ نَصًّا يَحْتَاطُ فِي ذَلِكَ، فَيَقُولُ فِي الحِلِّ لَا بَأْسَ بِهِ، وَفِي الحُرْمَةِ يَقُولُ: يُكْرَهُ أَوْ لَمْ يُؤْكَلْ. قَالَ: (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُحِدَّ الذَّابِحُ شَفْرَتَهُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى كَتَبَ الإِحْسَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا القِتْلَةَ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذِّبْحَةَ، وَلْيُحِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ وَلْيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ» وَيُكْرَهُ أَنْ يُضْجِعَهَا، ثُمَّ يُحِدَّ الشَّفْرَةَ لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَنَّهُ رَأَى رَجُلًا أَضْجَعَ شَاةً وَهُوَ يُحِدُّ شَفْرَتَهُ فَقَالَ: لَقَدْ أَرَدْت أَنْ تُمِيتَهَا مَوْتَاتٍ، هَلَّا حَدَدْتها قَبْلَ أَنْ تُضْجِعَهَا» قَالَ: (وَمَنْ بَلَغَ بِالسِّكِّينِ النُّخَاعَ، أَوْ

قال عليه السلام: «**إذا ذَبَحْتُمْ فأحْسِنُوا الذِّبْحَةَ**»، وفي رواية «**فأحْسِنوا الذَّبْحَ**»[(١)].

(**اللِّيطة**) قشر القصب (**والمروة**) حجر أبيض رقيق يذبح بها.

وقوله: (**لما بينا**) إشارة إلى قوله (**لأنه يقتل بالثقل**)[(٢)].

قوله: (**ولْيُرِحْ ذبيحَتَهُ**) أي: ليعطه الراحة بالإسراع، رواه أبو داود وعنه ﷺ «**ارْحَمُوا الشّاة يرحَمْكُمُ اللَّهُ**».

قوله: (**أن يميتها موتات**)، وقيل: كيف يكون ذلك ولا يعلم الحيوان ذبحها؛ لأنه لا عقل لها؟

قيل في جوابه: إنها تعرف ما يراد بها كما جاء في الخبر «**أُبهِمَتْ البهائِمُ إلّا علَى أربعةٍ: خَالِقِها، ورَازِقِها، وحَتْفِها، وسِفادِها**» فإذا كانت تعرف ذلك، وهو يحد الشفرة كان فيه زيادة [٢/ ٤٠٩/ ب] إيلام غير محتاج إليه، كذا في المبسوط[(٣)].

وعن عمر رضي الله عنه أنه رأى رجلًا وضع رجله على [شاة][(٤)] ويحد السكين فضربه حتى أفلت الشاة، ولهذا قيل: يكره أن يذبح شاة والأخرى تنظر إليه.

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٤٨، رقم ١٩٥٥) من حديث شداد بن أوس رضي الله عنه.

(٢) انظر المتن ٨٤٤.

(٣) المبسوط للسرخسي (١١/ ٢٢٦).

(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَطَعَ الرَّأْسَ، كُرِهَ لَهُ ذَلِكَ، وَتُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ) وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: قَطَعَ، مَكَانَ بَلَغَ. وَالنُّخَاعُ عِرْقٌ أَبْيَضُ فِي عَظْمِ الرَّقَبَةِ، أَمَّا الكَرَاهَةُ، فَلِمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَنَّهُ نَهَى أَنْ تُنْخَعَ الشَّاةُ إِذَا ذُبِحَتْ» وَتَفْسِيرُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ: أَنْ يَمُدَّ رَأْسَهُ حَتَّى يَظْهَرَ مَذْبَحُهُ، وَقِيلَ: أَنْ يَكْسِرَ عُنُقَهُ قَبْلَ أَنْ يَسْكُنَ مِن الِاضْطِرَابِ، وَكُلُّ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ، وَهَذَا لِأَنَّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ وَفِي قَطْعِ الرَّأْسِ زِيَادَةَ تَعْذِيبِ الحَيَوَانِ بِلَا فَائِدَةٍ، وَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ. وَالحَاصِلُ: أَنَّ مَا فِيهِ زِيَادَةَ إِيلَامٍ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي الذَّكَاةِ مَكْرُوهٌ.

وَيُكْرَهُ أَنْ يَجُرَّ مَا يُرِيدُ ذَبْحَهُ بِرِجْلِهِ إِلَى المَذْبَحِ، وَأَنْ تُنْخَعَ الشَّاةُ قَبْلَ أَنْ تَبْرُدَ: يَعْنِي تَسْكُنَ مِن الِاضْطِرَابِ، وَبَعْدَهُ لَا أَلَمَ فَلَا يُكْرَهُ النَّخْعُ وَالسَّلْخُ، إِلَّا أَنَّ الكَرَاهَةَ لِمَعْنًى زَائِدٍ وَهُوَ زِيَادَةُ الأَلَمِ قَبْلَ الذَّبْحِ، أَوْ بَعْدَهُ، فَلَا يُوجِبُ التَّحْرِيمَ، فَلِهَذَا قَالَ: تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ. قَالَ: (فَإِنْ ذَبَحَ الشَّاةَ مِن قَفَاهَا فَبَقِيَتْ حَيَّةً حَتَّى قَطَعَ العُرُوقَ حَلَّ) لِتَحَقُّقِ المَوْتِ بِمَا هُوَ ذَكَاةٌ، ....

قوله: (وفي بعض النسخ) أي: نسخ المختصر (قطع مكان بلغ).

وفي المغرب: النخاع: خيط أبيض في عظم الرقبة إلى الصلب، والفتح والضم لغة، ومن قال: هو عِرْقٌ فقد سها، وإنما ذلك البخاع بالباء يكون في القفا، ومنه بخع الشاة إذا بلغ بالذبح ذلك الموضع، فالبخع أبلغ من النخع بالنون(١).

قوله: (أن تنخع الشاة) والنخع: قطع النخاع.

قوله: (يعني تسكن من الاضطراب) وفسره حتى لا يتوهم برودة اللحم، فإنها لا تبرد بعد السلخ أيضًا، وكذا لو ضربها بسيف فبان رأسها، أو ذبحها لغير القبلة حلَّت ويكره، ولا خلاف للفقهاء في هذه المسائل.

وكَرِهَ ابنُ عمر وابنُ سيرين أكْلَ ما ذبح لغير القبلة، وعند غيرهم لا يكره أكله، وفعله مكروه.

قوله: (هو ذكاة) وهو قطع العروق، وبقولنا قال الشافعي، والقاضي الحنبلي، وقال أحمد: ومالك لا تؤكل.

---

(١) المغرب في ترتيب المُعْرَب للمُطَّرِزي (ص ٤٥٨).

وَيُكْرَهُ، لِأَنَّ فِيهِ زِيَادَةَ الأَلَمِ مِن غَيْرِ حَاجَةٍ، فَصَارَ كَمَا إِذَا جَرَحَهَا ثُمَّ قَطَعَ الأَوْدَاجَ (وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَ قَطْعِ العُرُوقِ لَمْ تُؤْكَلْ) لِوُجُودِ المَوْتِ بِمَا لَيْسَ بِذَكَاةٍ فِيهَا. قَالَ: (وَمَا اسْتَأْنَسَ مِن الصَّيْدِ فَذَكَاتُهُ الذَّبْحُ، وَمَا تَوَحَّشَ مِن النَّعَمِ فَذَكَاتُهُ العَقْرُ وَالجَرْحُ) لِأَنَّ ذَكَاةَ الِاضْطِرَارِ إِنَّمَا يُصَارُ إِلَيْهِ عِنْدَ العَجْزِ عَنْ ذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ عَلَى مَا مَرَّ،

قال إبراهيم النخعي: تسمى هذه الذبيحة القنينة.

وحكي عن علي، وابن المسيب: أنها لا تؤكل.

ولنا: عموم الأحاديث وتحقق الذكاة، وهو قطع العروق في الحي.

قوله: (**على ما مر**) أي: في أول الذبائح، وهو قوله: (والثاني كالبدل من الأول إلى آخره).

وقوله: (**لما بينا**)[1] إشارة إلى قوله: (**لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز**)، وبقولنا قال الشافعي، وأحمد، والثوري.

وقال مالك، والليث، وربيعة: لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين ما توحَّشَ وتَرَدَّى؛ لأن ذلك نادر، ولأن الحيوان الإنسي إذا توحش لم يثبت له حكم الوحشي، بدليل أنه لا يجب الجزاء على المُحرِمِ بقتله، ولا يصير الحمار الأهلي مباحًا إذا توحش.

وسئل ابن المسيب عن ناضح وقع في بئر أينحَرُ مؤخره وكان رأسه أسفل؟ قال: لا إلا في نحر إبراهيم عليه السلام.

ولنا ما روى رافع بن خديج كنا مع النبي ﷺ فندَّ بعير، فرماه رجل بسهم وسمى فقتله، فقال عليه الصلاة والسلام: «**إن لِهذِهِ البَهائِم أوابِدَ كأوابِدِ الوحشِ فما غَلبَكُم مِنها فاصْنَعوا بِهِ هَكَذا**»[2] وفي رواية «**فما نَدَّ علَيكُم فاصْنَعوا بِهِ هَكَذا**»[3] متفق عليه.

ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام: «**أوابِدَ**» أي: توحُّشًا كتوحش الوحش، فقد اعتبر التوحش أصلًا في هذه الحيوانات.

---

(١) انظر المتن ص ٨٤٩.

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ١٣٨ رقم ٢٤٨٨)، ومسلم (٣/ ١٥٥٨ رقم ١٩٦٨) من حديث رافع بن خديج رضي الله عنه.

(٣) أخرجه البخاري (٤/ ٧٥ رقم ٣٠٧٥).

وَالعَجْزُ مُتَحَقِّقٌ فِي الوَجْهِ الثَّانِي دُونَ الأَوَّلِ (وَكَذَا مَا تَرَدَّى مِن النَّعَمِ فِي بِئْرٍ وَوَقَعَ العَجْزُ عَنْ ذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ) لِمَا بَيَّنَّا. وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يَحِلُّ بِذَكَاةِ الِاضْطِرَارِ فِي الوَجْهَيْنِ، لِأَنَّ ذَلِكَ نَادِرٌ.

وَنَحْنُ نَقُولُ: المُعْتَبَرُ حَقِيقَةُ العَجْزِ، وَقَدْ تَحَقَّقَ فَيُصَارُ إِلَى البَدَلِ، كَيْفَ وَإِنَّا لَا نُسَلِّمُ النُّدْرَةَ بَلْ هُوَ غَالِبٌ. وَفِي الكِتَابِ أَطْلَقَ فِيمَا تَوَحَّشَ مِن النَّعَمِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّ الشَّاةَ إِذَا نَدَّتْ فِي الصَّحْرَاءِ فَذَكَاتُهَا العَقْرُ، وَإِنْ نَدَّتْ فِي المِصْرِ لَا تَحِلُّ بِالعَقْرِ، لِأَنَّهَا لَا تَدْفَعُ عَنْ نَفْسِهَا، فَيُمْكِنُ أَخْذُهَا فِي المِصْرُ فَلَا عَجْزَ، وَالمِصْرُ وَغَيْرُهُ سَوَاءٌ فِي البَقَرِ وَالبَعِيرِ، لِأَنَّهُمَا يَدْفَعَانِ عَنْ أَنْفُسِهِمَا فَلَا يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِمَا، وَإِنْ نَدَّا فِي المِصْرِ فَيَتَحَقَّقُ العَجْزُ، وَالصِّيَالُ كَالنَّدِّ إِذَا كَانَ لَا يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِ، حَتَّى لَوْ قَتَلَهُ

قال أحمد: لعل مالكًا لم يسمع حديث رافع، وروي أن عائشة في بعير وقع في بئر وطعن في خاصرته أَكَلَتْ، وكذا روي عن علي، وابن مسعود، وابن عمر، وابن عباس.

فالأخذُ بقولهم أوْلَى من الأخذ بقول ابن المسيب كيف وقد وافق حديث رافع.

قوله: (**وفي الكتاب**) أي: القدوري (**أطلق**)، وفي النهاية: وهذا الذي ذكرنا هذا إذا علم أن المتردي مات من عقره وجرحه.

وفي الذخيرة: بعير تردَّى في بئر فوجَأَهُ وَجْأَةً يعلم أنه لا يموت منها فمات لا يؤكل، وإن كان مشكلًا أكل.

وفي النوادر: دجاجة تعلقت بشجرة لا يصل إليها صاحبها فرماها، فقال: إن كان يخاف فوتها تؤكل وإلا لا.

وفي النوازل: بقرة تعسرت عليها الولادة، فأدخل صاحبها يده وذبح الولد حلَّ أكله، وإن جرحه في غير موضع الذبح إن كان لا يقدر على مذبحه حل أيضًا، وإن كان يقدر لا يَحِلُّ.

قوله: (**والصيال كالند**) وفي بعض النسخ: (**كالندوة الند**) والنُّدود والنِّداد واحد.

وفي فتاوى الكبرى: بعيرٌ أو بقرٌ نَدَّ في المصر بحيث لا يقدر على أخذه إلا

المَصُولُ عَلَيْهِ وَهُوَ يُرِيدُ الذَّكَاةَ حَلَّ أَكْلُهُ. قَالَ: (وَالمُسْتَحَبُّ فِي الإِبِلِ النَّحْرُ، فَإِنْ ذَبَحَهَا جَازَ وَيُكْرَهُ. وَالمُسْتَحَبُّ فِي البَقَرِ وَالغَنَمِ الذَّبْحُ فَإِنْ نَحَرَهُمَا جَازَ وَيُكْرَهُ) أَمَّا الاسْتِحْبَابُ فَلِمُوَافَقَةِ السُّنَّةِ المُتَوَارَثَةِ، وَلاجْتِمَاعِ العُرُوقِ فِيهَا فِي المَنْحَرِ وَفِيهِمَا فِي المَذْبَحِ، وَالكَرَاهَةُ لِمُخَالَفَةِ السُّنَّةِ، وَهِيَ لِمَعْنًى فِي غَيْرِهِ فَلَا تَمْنَعُ الجَوَازَ وَالحِلَّ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ مَالِكٌ، إِنَّهُ لَا يَحِلُّ.

قَالَ: (وَمَنْ نَحَرَ نَاقَةً أَوْ ذَبَحَ بَقَرَةً فَوَجَدَ فِي بَطْنِهَا جَنِينًا مَيِّتًا: لَمْ يُؤْكَلْ أَشْعَرَ، أَوْ لَمْ يُشْعِرْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ(*). وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: إِذَا تَمَّ خَلْقُهُ أُكِلَ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ذَكَاةُ الجَنِينِ ذَكَاةُ أُمِّهِ» وَلِأَنَّهُ جُزْءٌ مِن الأُمِّ حَقِيقَةً،

جماعة كثيرة جاز رميه؛ لأنه لا يقدر على ذلك بنفسه.

قوله: **(والمستحب النحر في الإبل)** إلى قوله: **(خلافا لمالك)**، لا خلاف بين أهل العلم أن النحر في الإبل مستحب، والذبح فيما سواها قال تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ [الكوثر:٢] أي: الجزور، وقال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تَذْبَحُوا۟ بَقَرَةً﴾ [البقرة:٦٧]، وقال تعالى: ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصافات:١٠٧] وهو الكبش.

ولأنه ﷺ ضحى بكبشين فذبحهما بيده، ونحر بدنة أي: جزورًا متفق عليه.

وحُكِيَ عن مالك وداود: لا يحِلُّ بالنحر البقرة والشاة، ولا تحل الإبل بالذبح؛ لمخالفة المشروع، فكان كالجرح في غير محل الذبح.

النَّحْرُ: قطع العروق في أسفل العنق عند الصدر، والذبح: قطعها في أعلى العنق تحت اللحيين.

قوله: **(أشعر أو لم يشعر)**، يقال: أشعر الجنين، إذا نبت شعره، مثل: أعشب المكان، إذا نبت عشبه.

قوله: **(وهو قول الشافعي)**، وبه قال أحمد أيضًا.

وفي المبسوط: إلا أنه روي عن محمد: إنما يؤكل الجنين إذا أشعر وتمت

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا حَتَّى يُفْصَلَ بِالمِقْرَاضِ وَيَتَغَذَّى بِغِذَائِهَا وَيَتَنَفَّسُ بِتَنَفُّسِهَا، وَكَذَا حُكْمًا حَتَّى يَدْخُلَ فِي البَيْعِ الوَارِدِ عَلَى الأُمِّ وَيُعْتَقَ بِإِعْتَاقِهَا. وَإِذَا كَانَ جُزْءًا مِنهَا فَالجَرْحُ فِي الأُمِّ ذَكَاةٌ لَهُ عِنْدَ العَجْزِ عَنْ ذَكَاتِهِ كَمَا فِي الصَّيْدِ. وَلَهُ: أَنَّهُ أَصْلٌ فِي الحَيَاةِ حَتَّى تُتَصَوَّرَ حَيَاتُهُ بَعْدَ مَوْتِهَا وَعِنْدَ ذَلِكَ يُفْرَدُ بِالذَّكَاةِ، ....

خلقته، فأما قبل ذلك [٢/ ٤١٠/أ] فهو بمنزلة المضغة فلا يؤكل[١].

وبه قال مالك، والليث، وأبو ثور؛ لما روى عبد الله بن كعب بن مالك أن أصحاب رسول الله ﷺ يقولون: إذا أشعر الجنين فذكاته ذكاة أمه.

وهذا إشارة إلى جميعهم، فكان إجماعًا؛ لقوله ﷺ «**ذَكاةُ الجَنينِ ذكاةُ أُمِّهِ**»، رواه أبو داود[٢].

وقال أبو سعيد الخدري: قيل: يا رسول الله، إن أحدَنا ينحرُ الناقةَ ويذبحُ البقرةَ والشّاةَ، فيجد في بطنها الجنين، أنأكلُه أم نلقيه؟ قال عليه الصلاة والسلام: «**كُلوهُ إنْ شِئتُم فإنّ ذكاتَهُ ذكاةُ أمِّهِ**»[٣] وهذا نص في الباب، رواه أبو داود والنسائي.

قوله: (ويعتق بإعتاقها)، وفي الأسرار: لو قال: أعتقت الأمة إلا ما في البطن عتق ما في البطن، كما لو قال: أُعتِقُها إلّا يدها.

قوله: (وله) أي: لأبي حنيفة (أنه) أي: الجنين (أصل في الحياة حتى ينفصل حيًّا) ولا يتوهم بقاء الجزء حيًّا بعد الانفصال، وكذا بعد موت الأم ينفصل حيًّا، ولا يتوهم بقاء الجزء حيًّا بعد موت الأصل، وإذا كان أصلًا في الحياة يشترط فيه ذكاة على حدة؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ [المائدة:٣]، وقوله تعالى: ﴿أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا﴾ [الأنعام:١٤٥] وفيه دم مسفوح.

وقوله ﷺ «**أَلَا إنَّ الذَّكاةَ في الحَلْقِ واللَّبّةِ**»[٤] بين أن جنس الذكاة في

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٦).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ١٠٣ رقم ٢٨٢٨) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ١٠٣ رقم ٢٨٢٧)، والترمذي (٣/ ١٢٤ رقم ١٤٧٦)، وابن ماجه (٣/ ١٠٦٧ رقم ٣١٩٩)، وابن حبان (١/ ٢٠٦ رقم ٥٨٨٩) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.
قال الترمذي: هذا حديث حسن.

(٤) تقدم تخريجه.

وَلِهَذَا يُفْرَدُ بِإِيجَابِ الغُرَّةِ، وَيُعْتَقُ بِإِعْتَاقٍ مُضَافٍ إِلَيْهِ، وَتَصِحُّ الوَصِيَّةُ لَهُ وَبِهِ، وَهُوَ حَيَوَانٌ دَمَوِيٌّ، وَمَا هُوَ المَقْصُودُ مِن الذَّكَاةِ وَهُوَ المَيْزُ بَيْنَ الدَّمِ وَاللَّحْمِ لَا يَتَحَصَّلُ بِجُرْحِ الأُمِّ، إِذْ هُوَ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِخُرُوجِ الدَّمِ عَنْهُ فَلَا يُجْعَلُ تَبَعًا فِي حَقِّهِ، بِخِلَافِ الجُرْحِ فِي الصَّيْدِ، لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِخُرُوجِهِ نَاقِصًا فَيُقَامُ مَقَامَ الكَامِلِ فِيهِ عِنْدَ التَّعَذُّرِ.

وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فِي البَيْعِ تَحَرِّيًا لِجَوَازِهِ كَيْ لَا يَفْسُدَ بِاسْتِثْنَائِهِ، ....

الحلق واللبة؛ لأنه ذكرها هنا بلام التعريف ولا معهود، فكان لتعريف الجنس، فلو حل الجنين بدون ذكاة في اللَّبة والحلق لا يكون الجنس منحصرًا فيه.

قوله: (**ولهذا يفرد بإيجاب الغُرَّة**) يعني إذا أتلفت الأم ومات الجنين من ذلك يضمن التالف دية الأم وغُرَّةَ الجنين، ولو كان جزءًا للأم لكان بمنزلة اليد والرجل، ولا يجب في هذه الأعضاء شيء بعد إيجاب الدية، (**ويعتق الجنين بإعتاق مضاف إليه**) أي: إلى الجنين دون الأم، وتصح الوصية له وبه، وهذه أحكام النفوس لا الأجزاء.

قوله: (**وهو الميز**) أي: المقصود من الذكاة إنهار الدم، والفصل بين الرطوبات السائلة النجسة واللحم الطاهر، وبذبح الأم لا يحصل هذا المقصود.

(**لأنه ليس بسبب لخروج الدم عنه**) أي: عن الجنين (**فلا يجعل تبعًا في حقه**) بخلاف الجرح، يعني إذا رمى إلى الصيد فأدماه حيث يحل تناوله، ولم يحصل الفصل بين الطاهر والنجس على التمام.

(**لأنه**) أي: الجرح في الصيد (**سبب لخروجه**) [أي][1] لخروج الدم، وقد وجد [في][2] الجرح في الجملة سبب لانفصال كل الرطوبات النجسة، للعذر وجب اعتباره أصلًا، فهو باطل؛ لأن أصل الجرح لا يسقط بالعذر، كما لو قتل الكلب الصيد غمًّا حيث لا يحل.

قوله: (**كيلا يفسد**) البيع (**باستثنائه**) يعني لو لم يدخل في البيع يكون في معنى المستثنى، واستثناء الجنين يفسد بيع الأم.

والمراد من الحديث التشبيه لا[3] النيابة أي: ذكاة الجنين كذكاة أمه، كقول

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) في الأصل: (لأن)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَيُعْتَقُ بِإِعْتَاقِهَا كَيْ لَا يَنْفَصِلَ مِن الحُرَّةِ وَلَدَ رَقِيقٍ.

الشاعر(١):

فَعَيْنَاكِ عَيْنَاها وجِيدُكِ جِيدُها سِوَى أنَّ عَـظْـمَ الـسَّـاقِ مِـنْـكِ دَقـيـقُ

أي: عيناكِ شبيهة بعيني الحبيبة، ولو كان المراد به ما قالوا: ذكاة الأم ذكاة الجنين، كما يقال: لسان الوزير لسان الأمير، وإن كان يحتمل ما قالوا ويحتمل ما قلنا أيضًا، فكان مشترك الدلالة، فلا يبقى حجة، فبقي ما روينا سالمًا فيعمل به.

وأما معنى قوله ﷺ: «**كُلُوهُ إِنْ شِئْتُمْ**»(٢) أي: اذبحوه وكلوه، وفي رواية «نجد جنينًا ميتًا»، وهذا نص في الباب، قال في الأسرار: لعل هذا الحديث لم يبلغ أبا حنيفة، فإنه لا تأويل له.

وفي المبسوط: لا يكاد يصح هذا، ولو ثبت فتأويله جنين ميت أي: مشرف على الموت، قال تعالى: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُم مَّيِّتُونَ﴾ [الزمر: ٣٠]، ولأنه لا يدرى أنه مات بذكاة أمه أو باحتباس نَفَسِهِ، ولو مات باحتباس نفسه يكون منخنقة وهي حرام بالنص، وقد وقع الشك في زهوق روحه، فلا يحل لقوله ﷺ «**إذا وقعَتْ رَميتُكَ في الماءِ فلا تأكُلْ، فإنكَ لا تَدرِي أن الماءَ قتلَهُ أمْ سَهمُكَ**»، قاله لعدي بن حاتم(٣)، وقد حرم الأكل عند وقوع الشك.

قال ابن حزم: خبر أبي(٤) سعيد ضعيف، وكذا خبر جابر: «**[ذكاةُ]**(٥) الجنين ذكاةُ أمِّهِ» ضعيف، ورواته(٦) مجهول فلا يترك نص القرآن - وهو قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: ٣]، وقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] - بهما، واختار قول أبي حنيفة رحمه الله(٧).

---

(١) البيت من الطويل للمجنون في ديوانه (ص ١٦٣)، وجمهرة اللغة (ص ٤٣)، وخزانة الأدب (١١/ ٤٦٤، ٥٦٧، ٤٦٨)، ولسان العرب (٨/ ١٣٦).
ولرجل من أهل اليمامة في جمهرة اللغة (ص ٢٩٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه البخاري (٧/ ٨٧ رقم ٥٤٨٤)، ومسلم (٣/ ١٥٣١ رقم ١٩٢٩).

(٤) في النسختين: (أبو)، والمثبت هو الصواب.

(٥) ساقطة من الأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

(٦) هكذا في المخطوط والصواب: (راويه).

(٧) المحلى لابن حزم (٦/ ٩٧).

فَصْلٌ فيمَا يَحِلُّ أَكْلُهُ وَمَا لا يَحِلُّ

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ أَكْلُ ذِي نَابٍ مِن السِّبَاعِ وَلَا ذِي مِخْلَبٍ مِن الطُّيُورِ) لِأَنَّ

فَصْلٌ فِيمَا يَحِلُّ أَكْلُهُ وَفيمَا لَا يَحِلُّ

لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول، إذ المقصود الأصلي من شرعية الذبح التوسل إلى الأكل، وقدم الذبح لأنه شرط المأكول، والشرط مقدم.

قوله: (ولا يجوز أكل ذي ناب) أي: الذي تضرب [٢/ ٤١٠/ب] بأنيابها الشيء وتفرس، ويتقوى بها كالأسد، والنمر، والفهد، والذئب، وبه قال الشافعي، وأحمد، وأبو ثور، وأصحاب الحديث، وأكثر أهل العلم.

وعن بعض أصحاب مالك: هو مباح، وبه قال الشعبي، وسعيد بن جبير؛ لعموم قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِىَ إِلَىَّ مُحَرَّمًا﴾ [الأنعام:١٤٥]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾ [النحل:١١٥]، ولكن يكره أكله، وكذا قال في الكلب.

ولنا ما روى أبو ثعلبة الخشني: أنه ﷺ نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع، الحديث، متفق عليه(١). وروى أبو هريرة أنه ﷺ قال: «**أَكلُ كُلِّ ذِي نابٍ مِنَ السِّباعِ حَرامٌ**»(٢).

قال ابن عبد البر: هذا حديث صحيح، مجمع عى صحته، ونص صريح يخص عموم الآيات به.

وفي تاج الأسامي: الناب (جهار دندان نبش) الألف منقلبة عن الياء، بدليل أن جمعه أنياب، وهي من الأسنان ما تلي الرباعيات.

قوله: (ولا ذي مخلب من الطير) وهي التي تعلق بمخاليبها الشيء وتصيد بها، وبه قال الشافعي، وأحمد، وأبو ثور، وأكثر أهل العلم.

وقال مالك، والليث، والأوزاعي، ويحيى بن سعيد: لا يحرم من الطير شيء، وهو قول أبي الدرداء، وابن عباس؛ لعموم الآيات المبيحة.

---

(١) أخرجه البخاري (٧/ ٩٦ رقم ٥٥٣٠)، ومسلم (٣/ ١٥٣٣ رقم ١٩٣٢).
(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٣٤ رقم ١٩٣٣).

«النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ أَكْلِ كُلِّ ذِي مِخْلَبٍ مِن الطُّيُورِ وَكُلِّ ذِي نَابٍ مِن السِّبَاعِ». وَقَوْلُهُ: «مِن السِّبَاعِ» ذُكِرَ عَقِيبَ النَّوْعَيْنِ، فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِمَا فَيَتَنَاوَلُ سِبَاعَ الطُّيُورِ وَالبَهَائِمِ لِأَكْلِ مَا لَهُ مِخْلَبٌ أَوْ نَابٌ. وَالسَّبُعُ كُلُّ مُخْتَطِفٍ مُنْتَهِبٍ جَارِحٍ قَاتِلٍ

قال ابن عباس: ما سكت الله عنه فهو مما [عفا](١) عنه(٢).

ولنا حديث ثعلبة، وعن خالد بن الوليد قال: قال رسول الله ﷺ: «**حَرامٌ علَيكُم الحُمُرُ الأهليةُ، وكلُّ ذِي نابٍ مِنَ السِّباعِ، وكُلُّ ذِي مِخلَبٍ مِنَ الطّيرِ**»(٣) وروى ابن عباس أنه ﷺ «**نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطير**»(٤)، رواه أبو داود، ويخص به عموم الأحاديث كما ذكرنا.

قوله: (**ينصرف إليهما**) أي: إلى النوعين؛ لأنه خبر واحد وهو النهي، فيصير بمنزلة جملتين متعقبتين بالشرط، فينصرف الشرط إليهما، فكذا ينصرف المغير إليهما.

وقوله: (**من السباع**) مغير فينصرف إليهما كالشرط، لا إلى الجملة الآخرة: (**لا كل ذي مِخْلَب أو ناب**)، فالحمامة لها مخلب، والبقر والبعير لهما ناب.

(**والسبع: كلُّ مُختطِفٍ مُنتَهِبٍ**)، الاختطاف فعل الطير، يختطف بمخلبه كالصقر، والانتهاب فعل السبع، ينتهب بأنيابه من الأرض كالأسد، والمخلب للطائر كالظفر للإنسان، والمراد به مخلب هو سلاح، وهو مفعول من الخَلْبِ، وهو مزق الجلد وانتزاعه.

قيل هذا التركيب يدل على الإمالة؛ لأن الطائر يخلب الشيء إلى نفسه، ومنه الخلابة وهي الخداع، وسباع الطير كالبازي، والصقر، والنسر، والعقاب، والشاهين، بلا خلاف. وسباع البهائم كالأسد، والنمر، والذئب، والفهد، وإنما عد هذه الأوصاف ليبني عليها.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٥٤ رقم ٣٨٠٠)، والحاكم (٢/ ٣١٨ رقم ٣٢٣٦).
قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه.

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٥٦ رقم ٣٨٠٦)، وأحمد (٤/ ٨٩ رقم ١٦٨٦٢).

(٤) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٣٤ رقم ١٩٣٤).

عَادٍ عَادَةً. وَمَعْنَى التَّحْرِيمِ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - كَرَامَةُ بَنِي آدَمَ كَيْ لَا يَعْدُوَ شَيْءٌ مِن هَذِهِ الأَوْصَافِ الذَّمِيمَةِ إِلَيْهِمْ بِالأَكْلِ، وَيَدْخُلُ فِيهِ الضَّبُعُ وَالثَّعْلَبُ، فَيَكُونُ الحَدِيثُ حُجَّةً عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي إِبَاحَتِهِمَا، وَالفِيلُ ذُو نَابٍ فَيُكْرَهُ، وَاليَرْبُوعُ وَابْنُ عِرْسٍ مِن

قوله: (كيلا يعدو شيء من هذه الأوصاف الذميمة إليهم)؛ لأن للغذاء أثرًا في ذلك، كما في قوله ﷺ: «**لا تُرضِعُ لكُمُ الحَمقاءُ فإنّ اللَّبنَ يُعدِي**»[١] أو كان معنى التحريم الإيذاء والخبث. والإيذاء تارة يكون بالناب، وتارة بالمخلب، والخبث يكون خلقة كما في الهوام والحشرات، أو بعارض كما في الجلّالة، ويدخل فيه الضبع والثعلب.

وقال الشافعي، ومالك، وأحمد: الضب حلال، والثعلب حلال عند الشافعي، وأحمد في رواية؟ وقال أحمد في أكثر الروايات عنه: إنه حرام، وهو قولنا، ومالك. للشافعي: الثعلب يُفدَى في الإحرام، والحَرَمِ، وكل ما يُفْدَى في الإحرام فهو حلال، كذا قال عطاء.

وقلنا: إنه ذو ناب فيدخل في عموم الحديث، ويدخل فيه السنور البري والأهلي، وفي السنور البري: عن الشافعي في وجه مباح، وبه قال أحمد في رواية، وعندنا ومالك، والشافعي في قول، وأحمد في رواية: حرام، والدليل من الجانبين كما في الثعلب.

أما السِّنَّوْرُ الأهلي حرام بلا خلاف لأهل العلم؛ لما روي أنه ﷺ «**نَهَى عن أكلِ الهِرِّ**»[٢].

قوله: (والفيل ذو ناب) فأكله حرام، وبه قال أكثر أهل العلم إلا الشعبي، فإنه رخص[٣] في أكله؛ لعموم قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾

---

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل في الضعفاء (٦/ ٢٦٣) من حديث أنس رضي الله عنه.
قال ابن عدي: ولِعمرِو بنِ خليف أحاديث غير ما ذكرت موضوعات وكان يتهم بوضعها.

(٢) أخرجه البخاري في التاريخ الكبير (٦/ ١٥٧)، وأبو داود (٣/ ٢٥٦ رقم ٣٨٠٧)، والترمذي (٢/ ٥٦٩ رقم ١٢٨٠)، وابن ماجه (٢/ ١٠٨٢ رقم ٣٢٥٠)، والحاكم (٢/ ٣٤ رقم ٢٢٤٦) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.
قال الترمذي: هذا حديث غريب، وعمر بن زيد لا نعرف كبير أحد روى عنه غير عبد الرزاق، وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(٣) في الأصل: (يغص)، والمثبت من النسخة الثانية.

السِّبَاعِ الهَوَامِّ، وَكَرِهُوا أَكْلَ الرَّخَمِ وَالبُغَاثِ، لِأَنَّهُمَا يَأْكُلَانِ الجِيَفَ.

[الأنعام: ١٤٥] الآية، وبه قال أصحاب الظاهر.

وللعامة: أنه ذو ناب؛ فيدخل في عموم الحديث، ولأنه مستخبث [فيدخل في الخبائث](١)، واليربوع من الهوام عندنا، وبه قال أحمد في رواية، وقال الشافعي، وأحمد في ظاهر روايته، وأبو ثور: مباح؛ لأن عمر حكم فيه [بجفرة](٢)، ولأن الأصل فيه الإباحة ولم يرد فيه تحريم.

وأما السنجاب فحرام بلا خلاف؛ لأنه ينهش بنابه؛ وابن عرس حرام عندنا، [٢/ ٤١١/أ] وكذا ابن آوى، وبه قال أحمد.

وقال الشافعي: ابن عرس مباح؛ لأنه لا ناب له كالضب، وفي ابن آوى له وجهان.

وقلنا: إنهما من سباع الهوام؛ فيدخل في عموم النهي، ولأنها مستخبثة، فإن ابن آوى أشبه الكلب، ورائحته كريهة، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف:١٥٧].

والكلب حرام عند أكثر أهل العلم، وعن مالك أنه يكره ولا يحرم، كما قال في السباع. أما القرد فحرام بلا خلاف، قال ابن عبد البر: لا أعلم من علماء المسلمين خلافًا أن القرد لا يؤكل، ولا يجوز بيعه، وروى الشعبي أنه ﷺ «**نهَى عن لحم القِردِ**»، ولأنه سبع وهو مسيخ أيضًا؛ فيكون من الخبائث المحرمة. وأما الدُّبُّ من السباع المحرم، وعن أحمد: إن كان ذا ناب يَفرِسُ به فهو مُحرَّم، وإن لم يكن له ناب فلا بأس به، وابن عرس: دويبة تسمى بالفارسية (راسو)، والوَبْرُ: دويبة أنبل من ابن عرس، كحلاء العين، وهو حرام عندنا. وعند الشافعي، وأحمد، وأبي يوسف في رواية: مباح؛ لأنه مثل الأرنب يعتلف النبات والبقول وكان مباحًا.

وقلنا: له ناب يفترس؛ فيدخل في عموم الحديث. في الصحاح: الرخم: جمع رخمة، وهي طائر أبقع يشبه النسر في الخلقة، يقال له: الأنوق، قيل: هي تأكل عظام الميتات.

---

(١) بياض في الأصل مقدار كلمات، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) بياض في الأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِغُرَابِ الزَّرْعِ) لِأَنَّهُ يَأْكُلُ الحَبَّ وَلَا يَأْكُلُ الجِيَفَ وَلَيْسَ مِن سِبَاعِ الطَّيْرِ. قَالَ: (وَلَا يُؤْكَلُ الأَبْقَعُ الَّذِي يَأْكُلُ الجِيَفَ، وَكَذَا الغُدَافُ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا بَأسَ بِأَكْلِ العَقْعَقِ) لِأَنَّهُ يُخَلِّطُ فَأَشْبَهَ الدَّجَاجَةَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يُكْرَهُ لِأَنَّ غَالِبَ أَكْلِهِ الجِيَفُ ....

والبغاث: طائر أبغث اللون إلى الغبرة دون الرخمة، لا يصيد شيئًا ولا يعلم في كراهتهما خلاف.

قوله: (ولا بأس بغراب الزرع) ولا خلاف فيه، ولا يؤكل الأبقَعُ والغُداقُ بلا خلاف. وفي الذخيرة: الأبقع والأسود ثلاثة أنواع:

نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف، وهو غير مكروه. ونوع لا يأكل إلا الجيف، فهو مكروه، ونوع يخلط الحب بالجيف، فهو غير مكروه عند أبي حنيفة، كالعقعق فإنه يخلط.

وقال أبو يوسف: يكره كالعقعق؛ لأنه اجتمع فيه المحرم والمبيح، فالمحرم أولى، وقول أبي حنيفة رحمه الله أصح على قياس الدجاجة، وهذا لأن كل ما يأكل الجيف فلحمه ينبت من الحرام؛ فيكون خبيثًا عادة، والفاختة تؤكل، وكذلك الدُّبْسِيُّ بضم الدال يعني (مويسيجة)، وكذلك الخطاف، ولا خلاف فيه لأكثر العلماء، وأما الخفاش فقد ذكر في موضع أنه يؤكل، وفي موضع أنه لا يؤكل، وبه قال أحمد، وعن أحمد: الخطاف محرم.

وفي المُغرِب: في البغاث ثلاث لغات: كسر الباء، وضمها، وفتحها[1]، وبالفارسية (وادكيره)، والغداف: غراب القبط، ويكون ضخمًا وافي الجناحين.

قوله: (لأن غالب أكله) أي: أكل العقعق (**الجِيَف**)، وبه قال أحمد إن أكل الجِيَفَ.

قال أبو يوسف: سألت أبا حنيفة عن الحلة، قال: لا بأس به، قلت: إنه يأكل الجيف، قال: يخلط بشيء آخر كالدجاج، وهو الأصح؛ لأنه ﷺ أكلها، كذا في المبسوط، فكل ما له مخلب يعدو به أو يأكل الجيف حرام كالشاهين، والباشق، والصقر، والعقاب، والحدأة، والبومة، بلا خلاف، وعن أبي يوسف

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٤٧).

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَكْلُ الضَّبُعِ وَالضَّبِّ ....

يؤكل البوم؛ لأنه يعتلف البقول.

قوله: (ويكره أكل الضبع والضب)، وإنما ذكر محمد رحمه الله لفظ الكراهة مع أنه وجد فيه نصًا وهو دابة لمكان الاختلاف فيه، فإن عند الشافعي، وأحمد، ومالك: الضب والضبع حلال.

ومالك في الضبع معنا، وفي الضب معهما؛ لما روي عن جابر أنه ﷺ سئل عن الضبع أهو صيد؟ قال: «**نعم**»، قلنا: أيؤكل؟ قال: «**نعم**»، فقيل أشيء سمعته من رسول الله ﷺ؟ قال: نعم[1].

وعن نافع: أُخْبِرَ ابنُ عمر بأن سعد بن أبي وقاص يأكل الضباع فلم ينكر.

وقال مجاهد: كان علي لا يرى بأكل الضباع بأسًا.

وعن عكرمة قال: رأيت الضبع على مائدة ابن عباس.

وعن عبد الله بن زيد سألت أبا هريرة عن الضبع فقال: نعجة من الغنم.

وعن عطاء قال: ضبع أحب إليّ من كبش.

ولنا الحديث المذكور في الكتاب وهو متفق عليه.

قال ابن عبد البر: حديث جابر لا يعارضه؛ لأنه أقوى منه.

قال ابن قدامة: هذا تخصيص لا معارضة.

قلنا: لا يجوز تخصيص مثل هذا العام؛ لأنه مذكور بلفظ كل، كذا قيل وأنه سبع وله ناب.

وعن خزيمة بن جزء قال: قلت: يا رسول الله ما تقول في الضبع؟ قال لي: «**ومن يأكل الضبع؟**»[2].

وعن عبد الله بن زيد سألت ابن المسيب عن الضبع فكرهه، فقلت له: إن قومك يأكلونه، قال: إن قومي لا يعلمون.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٥٥ رقم ٣٨٠١)، والترمذي (٢/ ٢٠٠ رقم ٨٥١)، وابن ماجه (٢/ ١٠٧٨ رقم ٣٢٣٦) والحاكم (١/ ٤٥٢ رقم ١٦٦١).
وصححه الترمذي، والحاكم.

(٢) أخرجه الترمذي (٣/ ٣٠٦ رقم ١٧٩٢)، وابن ماجه (٢/ ١٠٧٨ رقم ٣٢٣٧).
قال الترمذي: هذا حديث ليس إسناده بالقوي.

وَالسُّلَحْفَاةِ وَالزُّنْبُورِ وَالحَشَرَاتِ كُلِّهَا) ....

وأما حديث جابر في سنده إسماعيل بن مسلم، وعبد الكريم بن أمية، وقد تكلم فيهما بعض أهل [٢/ ٤١١/ ب] العلم.

وفي المبسوط، والأسرار: أما حديث جابر فضعيف، وإن صح فتأويله أنه كان في الابتداء ثم انتسخ بنزول قوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧]، ويعلم من هذا جواب آثار الصحابة.

للشافعي [في][١] الضب أنه أُكِلَ على مائدة رسول الله ﷺ، فلم يَنْهَ[٢].

وذكر في الأحاديث الصحاح أنه ليس بحرام، وأُكِلَ على مائدة رسول الله ﷺ[٣].

ولنا ما روى محمد بن الحسن عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها: أنه ﷺ أهدي له ضب[٤] فلم يأكله، فسألته عن أكله فنهاني، فجاء سائل على الباب فأرادت عائشة أن تعطيه، فقال رسول الله ﷺ: «**تُعطِيهِ مَا لَا تَأْكُلِينَ**»[٥].

قال محمد: فيه دليل على أن يتصدق المرء من أحب ما يكون له، وعن عبد الرحمن بن شبل: أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل الضب[٦].

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه البخاري (٧/ ٧١ رقم ٥٣٩١)، ومسلم (٣/ ١٥٤٣ رقم ١٩٤٥) من حديث خالد بن الوليد رضي الله عنه.

(٣) الحديث السابق.

(٤) وقع تكرار بالأصل.

(٥) في الأصل: (يأكله)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٦) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٥٤ رقم ٣٧٩٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (٩/ ٣٢٦ رقم ١٩٩١٠).
قال البيهقي: وهذا ينفرد به إسماعيل بن عياش وليس بحجة، وما مضى في إباحته أصح منه، والله أعلم، وقال ابن حجر: إسناده شامي ولا يخلو من مقال. الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٢٠٩).
وقال أيضًا: أخرجه أبو داود بسند حسن فإنه من رواية إسماعيل بن عياش، عن ضمضم بن زرعة، عن شريح بن عتبة، عن أبي راشد الحبراني، عن عبد الرحمن بن شبل، وحديث ابن عياش عن الشامِيِّين قوي، وهؤلاء شامِيّون ثقات، ولا يُغتَرُّ بقول الخطابي: ليس إسناده بذاك، وقول ابن حزم: فيه ضعفاء ومجهولون، وقول البيهقي: تفرد به إسماعيل بن عياش وليس بحجة، وقول ابن الجوزي: لا يصح، ففي كل ذلك تساهل لا يخفى. فتح الباري (٩/ ٦٦٥).

أَمَّا الضَّبُعُ فَلِمَا ذَكَرْنَا، وَأَمَّا الضَّبُّ فَلِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَائِشَةَ رضي الله عنها حِينَ سَأَلَتْهُ عَنْ أَكْلِهِ. وَهِيَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي إِبَاحَتِهِ، وَالزُّنْبُورُ مِن المُؤْذِيَاتِ. وَالسُّلَحْفَاةُ مِن خَبَائِثِ الحَشَرَاتِ، ....

ولا يقال: إنما كره رسول الله ﷺ تصدقها؛ لأنها عَافَتْهُ لا لأنه حرام، والتصدق بما يعافه المرء مكروه؛ لأنا نقول ذلك إذا كان الإنسان قادرًا على غيره، أما إذا لم يكن عنده سواه، أو نفر منه طبعه دون طبع غيره فلا يكره.

والحال أن عند عائشة لم يكن غيره فعلم أنه عليه الصلاة والسلام إنما كرهه؛ لكونه حرامًا لا لكونه رديئًا يعافه، ألا ترى أنه ﷺ [نهاها][(١)] عن التصدق، ولو لم يكن نهيه للحرمة لأمرها بالتصدق، كما أمر في شاة الأنصار، والحديث الذي يدل على إباحته محمول على أنه كان قبل ثبوت الحرمة [فإن][(٢)] الأصل أنه متى تعارض الدليلان أحدهما محرم والآخر مبيح يغلب المحرم، كذا في المبسوط، وشرح الأقطع.

وقوله: **(فلما ذكرنا)** إشارة إلى **قوله**: (إنه ذو ناب)، يدخل فيه الضبع، يعني أنه ذو ناب.

قوله: (والسلحفاة من خبائث الحشرات)، أجمع [أهل][(٣)] العلم أن المستخبثات حرام بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾، وما استطابه العرب حلال لقوله: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ﴾، وما استخبثه العرب فهو حرام بالنص، والذين تعتبر استطابتهم أهل الحجاز من أهل الأمصار؛ لأن الكتاب نزل [عليهم][(٤)] وخوطبوا به، ولم يعتبر أهل البوادي؛ لأنهم للضرورة والمجاعة يأكلون ما يجدون، وما وجد في أمصار المسلمين مما لا يعرفونه أهل الحجاز رُدَّ إلى أقرب ما يشبهه في الحجاز.

فإن لم يشبه شيئًا فهو مباح؛ لدخوله تحت قوله: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ

---

(١) مثبتة من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل (كان)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَلِهَذَا لَا يَجِبُ عَلَى المُحْرِمِ بِقَتْلِهِ شَيْءٌ، وَإِنَّمَا تُكْرَهُ الحَشَرَاتُ كُلُّهَا اسْتِدْلَالًا

مُحَرَّمًا﴾ [الأنعام:١٤٥]، [ولقوله][(١)] ﷺ: **«ما سَكَتَ اللهُ عَنْه فَهُوَ مَا عَفَا عَنْه»**[(٢)].

فإذا ثبت هذا فمن المستخبثات الحشرات كالديدان، والجُعْلان، وبنات وَرْدَان، والفأرة، والأوزاغ، والجراذين، والعقارب، والحيَّات، والسلحفاة، وهو قول الشافعي وأحمد.

وقال داود: السلحفاة حلال.

وفي الحلية: والخنافس، والعناكب، والعَظاء، واللُّحَكاءُ من الخبائث.

واللُّحَكاء: دويبة كالسمك، تسكن الرمل صقيلة الجلد، يَعْرُضُ مقدمها ويَرِقُّ مؤخرها، إذا أحست بإنسان غاصت في الرمل.

وكذا الخنفساء، وسامٌّ أبرص، وحمار قبَّان، والزنابير، والذباب، وما أشبه ذلك.

وما كان في بلاد العجم ولم يكن له شبه فيما يحل ولا فيما يحرم فيه وجهان.

وقال مالك، وابن أبي ليلى، والأوزاعي في ذلك كله بالإباحة إلا الأوزاغ.

وقال مالك: الحية مباح إذا ذكيت.

واحتجوا بالعمومات المبيحة من قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِى مَآ أُوحِىَ إِلَىَّ﴾ الآية، وقوله ﷺ: **«ما سكت الله عنه فهو مما عفا»**.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾، وقوله ﷺ: **«خمسٌ مِنَ الفَواسِقِ يُقتَلْنَ في الحِلِّ والحَرَمِ: العقربُ، والفأرةُ، والحدأةُ، والغُرابُ، والكلبُ العقورُ»**[(٣)].

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه الترمذي (٣/ ٢٧٢ رقم ١٧٢٦)، وابن ماجه (٢/ ١١١٧ رقم ٣٣٦٧) من حديث سلمان الفارسي رضي الله عنه.

قال الترمذي: هذا حديث غريب، لا نعرفه مرفوعًا إلا من هذا الوجه، وروى سفيان، وغيره، عن سليمان التيمي، عن أبي عثمان، عن سلمان قوله، وكأن الحديث الموقوف أصح، وسألت البخاري عن هذا الحديث، فقال: ما أراه محفوظًا، روى سفيان، عن سليمان التيمي، عن أبي عثمان، عن سلمان موقوفًا.

(٣) أخرجه البخاري (٣/ ١٣ رقم ١٨٢٩)، ومسلم (٢/ ٨٥٦ رقم ١١٩٨) من حديث عائشة رضي الله عنها.

بِالضَّبِّ لِأَنَّهُ مِنهَا.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ أَكْلُ الحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ وَالبِغَالِ) لِمَا رَوَى خَالِدُ بْنُ الوَلِيدِ رضي الله عنه «أَنَّ

وفي حديث: الحية مكان الفأرة، ولأنها مستخبثة كالوزغ ولم تبق عمومات النصوص على عمومه بالإجماع.

قوله: (لأنه منها) أي: لأن الضب من الحشرات، فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده، كما إذا قال طبيب لمريض: لا تأكل لحم البعير يتناول نهيه كل أفراده.

قوله: (ولا يجوز أكل الحمر الأهلية)، قيد به لأن في الحمر الوحشية لا خلاف لأحد في إباحته.

وفي الكافي وغيره من كتب أصحابنا: كان بشر المريسي ومالك يبيحانِهِ، ولم أعثر على ذلك في كتبهم، وكتب أصحاب الشافعي، وأحمد.

وقال في المغني لابن قدامة الحنبلي: قال ابن عبد البر: لا خلاف بين علماء المسلمين اليوم في تحريمه، وإنما حكي عن ابن عباس وعائشة إباحتها بظاهر قوله تعالى: [٢/ ٤١٢/أ] ﴿قُل لَّآ أَجِدُ﴾ الآية.

وقد روي عن غالب بن أبجر أنه قال: يا رسول الله أصابتنا سنة ولم يكن في مالي [ما][١] أطعم أهلي إلّا حُمُرٌ سِمانٌ، وإنك حرَّمْتَ لحوم الحمر الأهلية، فقال عليه الصلاة والسلام: «**أَطْعِمْ أهلَكَ مِن سَمينِ حُمُرِكَ**»[٢]، وفي رواية «**كُلْ مِنْ سَمينِ مَالِكَ**» واعتبراه بالحمار الوحشي[٣].

وعن مالك: أن حمار الوحش إن دُجِّنَ لم يؤكل ولا يصير كالأهلي.

قال ابن حزم: وهذا قول بلا برهان؛ لما أن الوحشي لا يصير أهليًّا بالدجن، كما لا يصير الأهلي وحشيًّا بالتوحش.

---

(١) مثبتة من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٥٦ رقم ٣٨٠٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (٩/ ٣٣٢ رقم ١٩٩٥١).
قال البيهقي: مثل هذا لا يعارض به الأحاديث الصحيحة التى قد مضت مُصَرِّحة بتحريم لحوم الحمر الأهلية، وقال ابن حجر: إسناده ضعيف، والمتن شاذ مخالف للأحاديث الصحيحة. فتح الباري (٩/ ٦٥٦).

(٣) المغني لابن قدامة (٩/ ٤٠٧).

النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ لُحُومِ الخَيْلِ وَالبِغَالِ وَالحَمِيرِ» وَعَنْ عَلِيٍّ رضي الله عنه «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَهْدَرَ المُتْعَةَ وَحَرَّمَ لُحُومَ الحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ يَوْمَ خَيْبَرَ». قَالَ: (وَيُكْرَهُ لَحْمُ الفَرَسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) ....

ولنا ما روى جابر أنه ﷺ نهى يوم خيبر عن لحوم [الحمر][1] الأهلية، وأذن في لحوم الخيل، متفق عليه[2].

قال ابن عبد البر: روى عن النبي ﷺ تحريم الحمر الأهلية عليٌّ، وابن عمر، وعبد الله بن عمرو، وجابر، والبراء، وعبد الله بن أبي أوفى، وأنس، وزاهر الأسلمي بأسانيد صحاح حسان.

وحديث أبجر أنه عليه الصلاة والسلام رخص[3] لهم في مجاعتهم، مع أن المحرم والمبيح إذا اجتمعا يغلب المحرم، ولا يقال: حرَّمها لِقلَّة الظَّهْرِ يوم خيبر؛ لأنها نهبة لم [تخمس][4]؛ لأن ابن أبي أوفى لقي ابن جبير فذكر له، فقال: حرمها ألبتة[5]، فتبين أنه ما حرمها لِقلَّةِ الظَّهْرِ.

ولأنه ﷺ أمر بإكفاء القدور، وبعدما صار لحمًا ما بقي منفعة الظهر، فصار مأكولًا، وفيه منفعة الغانمين كالطعام، فلا يأمر بالإكفاء ويحتمل معنى «**أطعِمْ أهلَكَ من سَمينِ حَميرِكَ**» أي: من ثمنها، وكذا قوله: «**كل من سمين مالك**» يحتمل ذلك، يقال: فلان يأكل عقاره والمراد هذا، قال الشاعر[6]:

إِنَّ لَنَا حمرًا عِجَافَا ... يَأْكُلْنَ كُلَّ لَيْلَةٍ إِكَافَا

والمراد: ثمن الإكاف، والاستدلال بعموم الآية لا يصح؛ لأنه عام مخصوص بالإجماع، فيجوز تخصيصه بالحديث، والاعتبار بالوحشي ساقط؛ لأنه قياس في موضع النص.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ١٣٦ رقم ٤٢١٩)، ومسلم (٣/ ١٥٤١ رقم ١٩٤١) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٣) في الأصل: (بغَّض)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٤) بياض الأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

(٥) أخرجه البخاري (٤/ ٩٦ رقم ٣١٥٥)، ومسلم (٣/ ١٥٣٨ رقم ١٩٣٧).

قال ابن حجر: قوله: (وسألت سعيد بن جبير)، قائل ذلك هو الشيباني. فتح الباري (٦/ ٢٥٧).

(٦) انظر: لسان العرب (٩/ ٩)، (أكف)، وفيه: (أَحْمِرَةً)، وتاج العروس (٢٣/ ٢٧) (أكف).

وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ.

قوله: **(وهو قول مالك)**، وبه قال الأوزاعي، وأبو عبيد، وبقولهما قال الشافعي، وأحمد، وأبو ثور، والليث، وابن المبارك، وابن سيرين، وابن الزبير، والحسن، وعطاء، والأسود بن يزيد، وسعيد بن جبير؛ لحديث جابر «أنه حرَّمَ الحمرَ الأهليةَ يومَ خيبرَ وأذِنَ في الخَيلِ»، حديث صحيح[1].

ولأبي حنيفة رحمه الله قوله تعالى: ﴿وَٱلۡخَيۡلَ وَٱلۡبِغَالَ وَٱلۡحَمِيرَ﴾ [النحل:٨] الآية، والآية سيقت لبيان المنة، وقد منَّ علينا بالركوب، ولم يبين الأكل، فكان الأولى بيان منفعة الأكل؛ لأنه أعظم وجوه المنافع؛ إذ فيه بقاء النفوس، ولا يليق بالحكيم العدول عن أعظم المنافع إلى الأدنى عند إظهار المنة، وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس.

فإن قيل: إنما لم يذكر؛ لأنه يفهم الأعلى بذكر الأدنى بالطريق الأولى، كما في قوله: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفّٖ﴾ [الإسراء:٢٣]، يفهم حرمة الضرب والشتم بطريق الأولى دون العكس.

قلنا: إنما يصح ذلك إذا كان البيان بطريق الكفاية، وما نحن بصدده من قبيل بيان النهاية، ألا ترى إلى قوله تعالى فيما سبق ﴿وَٱلۡأَنۡعَٰمَ خَلَقَهَاۚ لَكُمۡ فِيهَا دِفۡءٞ وَمَنَٰفِعُ﴾ [النحل:٥]، وعطف عليه ﴿وَٱلۡخَيۡلَ وَٱلۡبِغَالَ وَٱلۡحَمِيرَ﴾، ولو كان المراد ما ذكرتم لاكتفى بقوله ﴿وَٱلۡخَيۡلَ وَٱلۡبِغَالَ وَٱلۡحَمِيرَ﴾ من غير ذكر شيء آخر من المنافع، فلما قال: ﴿لِتَرۡكَبُوهَا﴾ علم أن حكم المعطوف عليه غير حكم المعطوف.

فإن قيل: إنما يستقيم هذا أن لو كان المقصود من النص الامتنان بمطلق النعمة، أما لو كان المقصود الامتنان بالنعمة المخصوصة فلا يستقيم هذا ولئن سلمنا، لكن لا نسلم أن منفعة الأكل في الخيل فوق منفعة الركوب والزينة.

أما قوله: منفعة الأكل يتعلق بها البقاء في الجملة، ولكن غيره يَسُدُّ مَسَدَّهُ فيها، وهو الغنم والبقر وغيرهما.

أما منفعة الركوب والزينة في الخيل لا يسدُّ غيرَهُ مسَدَّهُ، فإن الركوب

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٤١ رقم ١٩٤١).

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: لَا بَأسَ بِأَكْلِهِ(*) لِحَدِيثِ جَابِرٍ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ لُحُومِ الحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ، وَأَذِنَ فِي لُحُومِ

والزينة في الخيل يحصل على الكمال حتى جعل له الشرع سهمًا من الغنيمة كالآدمي، فحينئذ ترك الامتنان في الخيل بالأكل لا يدل على حرمته، كترك الامتنان بنعمة الدر، والنسل، والبيع، وحمل الثقل.

قلنا: وجه الامتنان لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الأشياء، بل تتعلق برجوع هذه المنافع إلى العباد، ومنفعة الأكل بالإضافة إلى العباد فوق منفعة الركوب والزينة في النعمة، على أنا نقول: إن الركوب والزينة لا يختص بهذه الأشياء بل يوجد في غيرها وهو البقر، [٢/ ٤١٢/ب] والفيل، والإبل، فلا يكون المقصود منها ذكر المنافع المختصة بها، ومنفعة الأكل في الخيل فوق الركوب؛ لتعلق البقاء به دون الركوب.

وأما قوله: غيره سد مسده في تعلق البقاء.

قلنا: لا يخرج كون منفعة الأكل فوق الركوب والزينة، وأما منفعة البيع والحمل فقد ذكرها دلالة لا صريحًا؛ لأنه متى بَيَّنَ كونه منتفعًا به في ذاته يثبت أنه مال متقوم ومحل للبيع.

فإن قيل: الآية نزلت بمكة قبل الهجرة، [وبعد الهجرة](١) أَكَلَ جماعةٌ من الصحابة الحمار والفرس إلى يوم خيبر، فلو كانت الآية دالة على الحرمة لما جاز أكلهم، ولما صح سكوت رسول الله ﷺ عن البيان في مثل هذه الصورة.

قلنا: إنما لم يبين عليه الصلاة والسلام قبل فتح خيبر؛ لأنه يمكن أن لم يطلع على فعلهم، فلما اطَّلَعَ يوم خيبر بَيَّنَ، وإنما أكلوا لعدم وقوفهم على هذه الدلالة لغموضها.

وفي الكافي: ولأن البغلَ ولدُ الرَّمكَةِ، ولو حلت الرمكة لحل ولدها كولد الشاة إن حبلت من الذئب.

(*) **الراجح: قول الصاحبين.**

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الخَيْلِ يَوْمَ خَيْبَرَ» وَلِأَبِي حَنِيفَةَ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: ٨] **خَرَجَ مَخْرَجَ الِامْتِنَانِ، وَالأَكْلُ مِن أَعْلَى مَنَافِعِهَا، وَالحَكِيمُ لَا يَتْرُكُ الِامْتِنَانَ بِأَعْلَى النِّعَمِ وَيَمْتَنُّ بِأَدْنَاهَا، وَلِأَنَّهُ آلَةُ إِرْهَابِ العَدُوِّ فَيُكْرَهُ أَكْلُهُ احْتِرَامًا، لَهُ وَلِهَذَا يُضْرَبُ لَهُ بِسَهْمٍ فِي الغَنِيمَةِ، وَلِأَنَّ فِي إِبَاحَتِهِ تَقْلِيلَ آلَةِ الجِهَادِ، وَحَدِيثُ جَابِرٍ مُعَارَضٌ بِحَدِيثِ خَالِدٍ** رضي الله عنه، ....

قوله: (وحديث جابر معارض لحديث خالد)، روى الطحاوي عن خالد بن الوليد: أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لحوم الخيل»[١]، ذكره أولًا، والترجيح للمحرم، ويحتمل أن حديث جابر كان في الابتداء ثم نسخ بحديث خالد، ويحتمل أن إذنه في حال المخمصة إذ هي أغلب أحوال الصحابة.

وفي الصحيح أنهم ما دخلوا خيبر وهم جياع فلا يدل على الإطلاق.

فإن قيل: لو كانت الإباحة للمخمصة ما اختصت بالخيل، أجيب بأنه يمكن لو كان في زمان الإباحة بالفرس ما أصابوا البغال والحمير، وفي المغني لابن قدامة: وحديث جابر[٢] ليس إسناده بجيد؛ لأن فيه رجلين لا يعرفان[٣].

قيل في جوابه: رواه العدول كالطحاوي وغيره، فلا يضر ذلك، مع أن المرسل حجة عندنا.

قال ابن حزم: في حديث خالد دليل الوضع؛ لأن فيه عن خالد قال: غزوت مع النبي ﷺ خيبر، وهذا باطل؛ لأنه لم يسلم خالد إلا بعد خيبر بلا خلاف.

أجيب: بل فيه خلاف، ولئن كان كذلك كان حديثه متأخرًا عن حديث

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٥٢ رقم ٣٧٩٠)، والنسائي (٧/ ٢٠٢ رقم ٤٣٣١) وابن ماجه (٢/ ١٠٦٦ رقم ٣٢٩٨) الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٢١٠ رقم ٦٤١٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٩/ ٣٢٨ رقم ١٩٩٢٨).

قال أبو داود: وهذا منسوخ، قد أكلَ لحومَ الخيلِ جماعةٌ من أصحاب النبي ﷺ، وقال النسائي: الذي قبل هذا الحديث أصح منه، ويشبه أن يكون هذا إن كان صحيحًا أن يكون منسوخًا. السنن الكبرى (٤٨٢٤)، وقال البيهقي: هذا إسناد مضطرب، ومع اضطرابه مخالف لحديث الثقات.

(٢) كذا في الأصول الخطية: (جابر)، وفي المغني: (خالد)، وهو الصواب.

(٣) المغني لابن قدامة (٩/ ٤١٢).

وَالتَّرْجِيحُ لِلْمُحَرِّمِ. ثُمَّ قِيلَ: الكَرَاهَةُ عِنْدَهُ كَرَاهَةُ تَحْرِيمٍ ....

جابر؛ فينسخ به؛ لأن في بعض الروايات روى خالد أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لحوم الخيل بدون ذكر غزوت، ولا يشكل على أبي حنيفة بوله وسؤره، فإنّ حُكمَ بولِهِ كبولِ ما يُؤكَلُ لحمُهُ، وسؤره طاهر؛ لأن في رواية الحسن عنه الكراهة في سؤره كما في لبنه.

وعلى ظاهر الرواية جعله كالآدمي؛ لكونه مرهبًا للعدو وآلة للغزو، والآدمي غير مأكول اللحم، وسؤره طاهر، فكذا سؤر الفرس.

وأما قوله: إنما جعله كبول ما يؤكل لحمه [للبلوى، وله أثر](١) في تخفيف النجاسة، كذا في المبسوط(٢).

قوله: (ثم قيل: الكراهة عنده) أي: عند أبي حنيفة **(كراهة تحريم)** إلى آخره.

وإنما اختلف المشايخ في معنى الكراهة؛ لاختلاف اللفظ المروي عنه؛ لأنه ذكر في المبسوط في كتاب الصيد: قال أبو حنيفة رحمه الله: رخص بعض العلماء في لحوم الخيل، فأما أنا فلا يعجبني أكله.

وما قال في الجامع: يكره لحم الخيل عنده، يدل على أن كراهة التحريم؛ لأن أبا يوسف قال لأبي حنيفة: إذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيه؟ قال أبو حنيفة: التحريم(٣).

قال في التتمة: قال الإِسْبِيجابي: الأصح أن الكراهة كراهة تنزيه، وقال غيره: الأصح أنه كراهة تحريم كما ذكر في الكتاب.

وحكي عن عبد الرحيم الكرميني أنه قال: كنت مترددًا في هذه فرأيت أبا حنيفة في المنام يقول لي: كراهة التحريم يا عبد الرحيم.

وذكر فخر الإسلام، وأبو المعين في جامعيهما: الصحيح أنه كراهة تنزيه؛ لأن كراهته لمعنى الكرامة؛ لئلا يحصل تقليل آلة الجهاد بإباحته، ولهذا كان سؤره طاهرًا في ظاهر الرواية.

---

(١) بياض بالأصل مقدار ثلاث كلمات، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٢) المبسوط للسرخسي (١١/ ٢٣٤).
(٣) المبسوط للسرخسي (١١/ ٢٣٣).

وَقِيلَ: كَرَاهَةُ تَنْزِيهٍ. وَالأَوَّلُ أَصَحُّ. وَأَمَّا لَبَنُهُ فَقَدْ قِيلَ: لَا بَأسَ بِهِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي شُرْبِهِ تَقْلِيلُ آلَةِ الجِهَادِ. قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِأَكْلِ الأَرْنَبِ) لِأَنَّ «النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَكَلَ مِنهُ حِينَ أُهْدِيَ إِلَيْهِ مَشْوِيًّا وَأَمَرَ أَصْحَابَهُ ﵃ بِالأَكْلِ مِنهُ»، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ مِن السِّبَاعِ وَلَا مِن أَكَلَةِ الجِيَفِ فَأَشْبَهَ الظَّبْيَ. قَالَ: (وَإِذَا ذُبِحَ مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ، طَهُرَ جِلْدُهُ وَلَحْمُهُ، إِلَّا الآدَمِيَّ وَالخِنْزِيرَ) فَإِنَّ الذَّكَاةَ لَا تَعْمَلُ فِيهِمَا، أَمَّا الآدَمِيُّ فَلِحُرْمَتِهِ وَكَرَامَتِهِ وَالخِنْزِيرُ لِنَجَاسَتِهِ كَمَا فِي الدِّبَاغِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الذَّكَاةُ لَا تُؤَثِّرُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ لَا يُؤَثِّرُ فِي إِبَاحَةِ اللَّحْمِ

قوله: (لأنه ليس في شربه) أي: شرب اللبن تقليل آلة الجهاد.

وفي الخلاصة: وهو الأصح، وجعل في فتاوى قاضي خان لبنه كلحمه، وعن هذا قيل: أكله حلال في هذا الزمان في ديار التترية؛ لأن الغزو لم يبق.

[قوله][1]: (ولا بأس بأكل الأرنب)، ولا خلاف فيه للعلماء؛ للحديث المذكور في الكتاب وهو متفق عليه[2].

وعن محمد بن صفوان قال: صِدْتُ أرنبين فذبحتهما فسألت النبي ﷺ فأمرني بأكلهما رواه أبو داود، والقنفذ حرام عندنا، ومالك، وأحمد، ورخص فيه الشافعي، فكأنه ما جعله من الخبائث، ولا من السباع.

ولنا أن أبا هريرة ذكر القنفذ لرسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ «**هُوَ خَبِيثَةٌ مِنَ الخَبائِثِ**» رواه أبو داود، ويكره أكل الجلّالة من الشاء والبقر والبعير، وبه [٢/ ٤١٣/أ] قال الشافعي، وأحمد في رواية.

[وعن أحمد في رواية: حرام، و][3] تزول الكراهة بحبسها بلا خلاف، وعندنا وأحمد: يكره ركوبها، والزروع والثمار المسقية بالنجاسات لا تُكرَهُ ولا تَحْرُمُ عند أكثر الفقهاء، ومدة الحبس في الدجاجة ثلاثة أيام، وفي البقر والبعير أربعون[4] يومًا، وقيل: سبعة أيام في الشاة، وعن أحمد: ثلاثة أيام في الكل.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ١٥٥ رقم ٢٥٧٢)، ومسلم (٣/ ١٥٤٧ رقم ١٩٥٣) من حديث أنس بن مالك ﷺ.

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٤) في الأصول (أربعين)، والصواب ما أثبتناه.

أَصْلًا. وَفِي طَهَارَتِهِ وَطَهَارَةِ الجِلْدِ تَبَعًا، وَلَا تَبَعَ بِدُونِ الأَصْلِ، وَصَارَ كَذَبْحِ المَجُوسِيِّ. وَلَنَا: أَنَّ الذَّكَاةَ مُؤَثِّرَةٌ فِي إِزَالَةِ الرُّطُوبَاتِ وَالدِّمَاءِ السَّيَّالَةِ، وَهِيَ النَّجِسَةُ دُونَ ذَاتِ الجِلْدِ وَاللَّحْمِ، فَإِذَا زَالَتْ طَهُرَ كَمَا فِي الدِّبَاغِ. وَهَذَا الحُكْمُ مَقْصُودٌ فِي الجِلْدِ كَالتَّنَاوُلِ فِي اللَّحْمِ، وَفِعْلُ المَجُوسِيِّ إِمَاتَةٌ فِي الشَّرْعِ، فَلَا بُدَّ مِن الدِّبَاغِ، وَكَمَا يَطْهُرُ لَحْمُهُ يَطْهُرُ شَحْمُهُ، حَتَّى لَوْ وَقَعَ فِي المَاءِ القَلِيلِ لَا يُفْسِدُهُ خِلَافًا لَهُ. وَهَلْ يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ فِي غَيْرِ الأَكْلِ؟ قِيلَ: لَا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِالأَكْلِ. وَقِيلَ يَجُوزُ كَالزَّيْتِ إِذَا خَالَطَهُ وَدَكُ المَيْتَةِ. وَالزَّيْتُ غَالِبٌ. لَا يُؤْكَلُ وَيُنْتَفَعُ بِهِ فِي غَيْرِ الأَكْلِ. قَالَ: (وَلَا يُؤْكَلُ مِن حَيَوَانِ المَاءِ إِلَّا السَّمَكَ) وَقَالَ مَالِكٌ وَجَمَاعَةٌ مِن أَهْلِ العِلْمِ: بِإِطْلَاقِ جَمِيعِ مَا فِي البَحْرِ. وَاسْتَثْنَى بَعْضُهُمْ الخِنْزِيرَ وَالكَلْبَ وَالإِنْسَانَ.

وَعَنْ الشَّافِعِيِّ: أَنَّهُ أَطْلَقَ ذَاكَ كُلَّهُ، وَالخِلَافُ فِي الأَكْلِ وَالبَيْعِ وَاحِدٌ، لَهُمْ قَوْله تَعَالَى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦] مِن غَيْرِ فَصْلٍ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

قوله: (وفعل المجوسي) إلى آخره، جواب عن قياس الشافعي، وهذا لأن الفعل إنما يقع مُطَهِّرًا إذا اتصف بالحسن لإفادة الأثر الحسن، والحسنات مجلبة للثواب فلا يصير المجوسي أهلًا لها.

واختلفوا في أن الموجب لطهارة ما لا يؤكل لحمه مجرد الذبح أو الذبح مع التسمية.

قيل: مجرد الذبح؛ لأنه مؤثر في إسالة الدم المسفوح، وقيل: الذبح مع التسمية؛ لأن المطهر هو الذكاة، ولا ذكاة بدون التسمية كما في غريب القرآن للعزيزي، والأوضح، وإليه أشار في الكتاب **بقوله: (ولنا أن الذكاة مؤثرة)** إلى آخره.

قوله: (ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك)، وبه قال بعض أصحاب الشافعي.

وقال الشافعي في قول: يؤكل الجميع إلا الضفدع، وبه قال أحمد، وقال في قول: يؤكل جميعه، وبه قال مالك وأصحاب الظاهر.

وقال في قول: مَا أُكِلَ شِبهُهُ مِنَ البَرِّ أُكِلَ، وَمَا لا يُؤكَلُ شِبهُهُ لَمْ يُؤكل،

وَالسَّلَامُ: فِي البَحْرِ «هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ وَالحِلُّ مَيْتَتُهُ»، وَلِأَنَّهُ لَا دَمَ فِي هَذِهِ الأَشْيَاءِ، إِذْ الدَّمَوِيُّ لَا يَسْكُنُ المَاءَ، وَالمُحَرَّمُ هُوَ الدَّمُ، فَأَشْبَهَ السَّمَكَ. قُلْنَا: قَوْله تَعَالَى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وَمَا سِوَى السَّمَكِ خَبِيثٌ. «وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ

ككلب الماء وخنزيره، وإنسانه، وبه قال أبو الليث.

قوله: («**وَالْحِلُّ مِيتَتُهُ**»)[١]، أي: ميتة البحر، ولم يفصل بين ميتة وميتة، وروي عن أبي بكر الصديق، أنه قال: كل ما في البحر قد ذكّاه الله تعالى، وروي عن عطاء، وعمرو بن شعيب أنهما قالا: بلغنا عن النبي ﷺ أنه قال: «**إنّ اللهَ تعالَى ذبحَ كُلَّ شَيءٍ لابنِ آدمَ**»، وعن أبي سعيد الخدري: كنا في سفر فأصابتنا مجاعة، فألقى البحر لنا دابة يقال لها عنبرة، فأكلنا منها وتزودنا، فلما رجعنا إلى النبي ﷺ سألناه عن ذلك فقال: «**هَلْ بَقِيَ عِندَكُم فَتُطْعِموني**»[٢].

أما الضفدع فلنهيه ﷺ عن قتله رواه النسائي، ولنهيه ﷺ عن داء يتخذ فيه الضفدع.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف:١٥٧] والخبيث ما يستخبثه الطبع السليم، وما سوى السمك يستخبثه الطبع السليم؛ فيحرم، ولأنه تعالى قال: ﴿أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ﴾ [الأنعام:١٤٥] ولم يفصل بين البحري والبري، ونهى النبي ﷺ عن داء يتخذ فيه الضفدع، وقال في آخره: «**إنهُ خَبيثةٌ مِنَّ الخَبائِثِ**» فعلم من ذلك أن ما تستخبثه النفس حرام، وغير السمك يستخبثه الطبع السليم، ومن قولهم إن إنسان البحر مأكول وهذا شنيع جدًّا.

وأما قوله ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة:٩٦] فالمراد ما يوجد من السمك طريًّا، ومن قوله ﴿وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ﴾ [المائدة:٩٦]: المالح المقدد منه، والصحيح من الرواية في حديث أبي سعيد: فألقى لنا البحر حوتًا يقال لها: عنبرة، وهو اسم للسمك، كذا في المبسوط.

---

(١) أخرجه أبو داود (١/ ٢١ رقم ٨٣)، والترمذي (١/ ١٢٥ رقم ٦٩)، والنسائي (١/ ٥٠ رقم ٥٩)، وابن ماجه (١/ ١٣٦ رقم ٣٨٦)، الحاكم (١/ ١٤١ رقم ٤٩١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وقال أيضًا: سألت محمدًا - البخاري - عنه؟ فقال: هو حديث صحيح. العلل الكبير (٢٨)، وصححه الحاكم.

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ١٦٧ رقم ٤٣٦٢)، ومسلم (٣/ ١٥٣٥ رقم ١٩٣٥) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: عَنْ دَوَاءٍ يُتَّخَذُ فِيهِ الضُّفْدَعُ»، وَنَهَى عَنْ بَيْعِ السَّرَطَانِ، وَالصَّيْدُ المَذْكُورُ فِيمَا تَلَا مَحْمُولٌ عَلَى الِاصْطِيَادِ، وَهُوَ مُبَاحٌ فِيمَا لَا يَحِلُّ، وَالمَيْتَةُ المَذْكُورَةُ فِيمَا رَوَى مَحْمُولَةٌ عَلَى السَّمَكِ، وَهُوَ حَلَالٌ مُسْتَثْنًى مِن ذَلِكَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ، أَمَّا المَيْتَتَانِ فَالسَّمَكُ وَالجَرَادُ وَأَمَّا الدَّمَانِ فَالكَبِدُ وَالطِّحَالُ» قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَكْلُ الطَّافِي مِنهُ) وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا بَأسَ بِهِ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ مَيْتَةَ البَحْرِ مَوْصُوفَةٌ بِالحِلِّ

وقوله: **(محمول على الاصطياد)** فإن قيل: لو كان يستقيم حمله عليه لكان[1] الكناية في قوله: ﴿وَطَعَامُهُۥ﴾ لا يستقيم حمله على الاصطياد، فإنها راجعة إلى الصيد.

قلنا: الطعام المذكور محمول على السمك؛ لأنه المتعارف من طعام البحر، وكذا الميتة في الحديث محمول على السمك.

ولا يقال هذا خبر واحد، كيف يجوز تخصيص الكتاب به؟ وهو قوله ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةُ﴾ [المائدة:٣]؛ لأن هذا الخبر مشهور مؤيد بالإجماع؛ فيجوز تخصيص الكتاب به على أن حكم السمك ثبت بمطلق قوله تعالى: ﴿لِتَأۡكُلُواْ مِنۡهُ لَحۡمٗا طَرِيّٗا﴾ [النحل:١٤] مع أنه لا تعارض بين الكتاب والخبر؛ لأن (الميتة) المحلى باللام جنس إذا لم يكن معهودًا، والميتة من المذمومات المعهود بدليل قوله تعالى: ﴿أَوۡ دَمٗا مَّسۡفُوحًا﴾ [الأنعام:١٤٥] فعلم أن الميتة تكون ميتة باعتبار الدم المسفوح، ولا دم للسمك فتنصرف اللام إلى المعهود، ولا يبقى التعارض.

قوله: (وقال مالك) والشافعي: لا بأس به، وبه قال أحمد، وأصحاب الظاهر، وبعض التابعين.

قوله: (لإطلاق ما روينا)، وهو قوله ﷺ: **«البحرُ هُوَ الطَّهورُ ماؤُهُ»**[2]،

---

(١) في الأصل: (لكن)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه أبو داود (١/ ٢١ رقم ٨٣)، والترمذي (١/ ١٢٥ رقم ٦٩)، والنسائي (١/ ٥٠ رقم ٥٩)، وابن ماجه (١/ ١٣٦ رقم ٣٨٦)، الحاكم (١/ ١٤١ رقم ٤٩١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وقال أيضًا: سألت محمدًا - البخاري - عنه؟ فقال: هو حديث صحيح. العلل الكبير (٢٨)، وصححه الحاكم.

بِالحَدِيثِ. وَلَنَا: مَا رَوَى جَابِرٌ ﷺ عَنْ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ: «مَا نَضَبَ عَنْهُ المَاءُ فَكُلُوا، وَمَا لَفَظَهُ المَاءُ فَكُلُوا، وَمَا طَفَا فَلَا تَأْكُلُوا» وَعَنْ جَمَاعَةٍ مِن الصَّحَابَةِ مِثْلُ مَذْهَبِنَا، وَمَيْتَةُ البَحْرِ، مَا لَفَظَهُ البَحْرُ لِيَكُونَ مَوْتُهُ مُضَافًا إِلَى البَحْرِ لَا مَا مَاتَ فِيهِ مِن غَيْرِ آفَةٍ.

وإطلاق قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ من غير فصل.

وروى أبان بن أبي عياش، عن أنس: أنه ﷺ قال: «**كُلُّ ما طَفَا البَحْرُ**»، وحديث العنبرة وهو مشهور[1]، وعن عكرمة، عن ابن عباس: أن أبا بكر الصديق قال: السمكة الطافية حلال، وعن عمر أنه قال: الحيتان والجراد ذكي.

(**ولنا: ما روى جابر**)، الحديث رواه أبو داود[2]، وعن جماعة من الصحابة مثل عليّ، وابن عباس، وأبي هريرة، وأنه باب لا يعرف قياسًا فثبت أنهم قالوه سماعًا، وهو قول الحسن، والثوري، وجابر بن زيد، وابن المسيب، والنخعي، وابن [٢/ ٤١٣/ ب] سيرين والحسن بن [حي][3].

قوله: (وميتة البحر) إلى آخره، جواب عما تمسكوا من قولهم: إن ميتة البحر موصوفة بالحل، يعني ميتة البحر، (**ما لفظ**) أي: رماه البحر ليكون موته مضافًا إلى البحر، وأما حديث أبان بن أبي عياش منكر حتى قال شعبة: لأن أزني سبعين زنية أحبُّ إليَّ من أن أروي حديثَ أبان بن أبي عياش، ذكره الرازي في أحكام القرآن.

وقول عمر لا ينافي حديث جابر، وما قيل: في سند حديث جابر إسماعيل بن أمية وهو ضعيف، وقيل: هو متروك، وقال أبو داود: ومن طريق آخر رواية أبي الزبير عن جابر، ولم يذكر منه سماعًا.

---

(١) تقدم تخريجه قريبًا.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٥٨ رقم ٣٨١٥)، وابن ماجه (٢/ ١٠٨١ رقم ٣٢٤٧)، والدارقطني (٥/ ٤٨٤ رقم ٤٧١٥) من حديث جابر بن عبد الله، قال: قال رسول الله ﷺ: «ما ألقَى البَحرُ، أو جَزَرَ عنهُ فكُلوهُ، وما ماتَ فيهِ وطَفا، فلَا تأكُلوهُ».
قال أبو داود: روى هذا الحديث سفيان الثوري، وأيوب، وحماد، عن أبي الزبير، أوقفوه على جابر، وقد أسند هذا الحديث أيضًا من وجه ضعيف عن ابن أبي ذئب، عن أبي الزبير، عن جابر عن النبي ﷺ، وقال الدارقطني: الموقوف هو الصحيح.

(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِأَكْلِ الجِرِّيثِ وَالمَارْمَاهِيِّ وَأَنْوَاعِ السَّمَكِ وَالجَرَادِ بِلَا ذَكَاةٍ) وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يَحِلُّ الجَرَادُ إِلَّا أَنْ يَقْطَعَ الآخِذُ رَأسَهُ أَوْ يَشْوِيَهُ، لِأَنَّهُ صَيْدُ البَرِّ، وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَى المُحْرِمِ بِقَتْلِهِ جَزَاءٌ يَلِيقُ بِهِ فَلَا يَحِلُّ إِلَّا بِالقَتْلِ كَمَا فِي سَائِرِهِ. وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا ....

وقيل: إن كان أحد رواته ضعيفًا فبعض رواته غير ضعيف، فلا يسقط الاحتجاج به، وإن كان موقوفًا فهو كالمسموع؛ لأنه باب لا يعرف قياسًا، وقال محمد في سمكة ميتة بعضها في البر وبعضها في الماء: إن كان رأسه وحده خارج الماء يحل، وإن كان الرأس في الماء نظر إن كان ما في البر النصف وأقل لم يحل، وإن كان أكثر من النصف حل، وقد شنع ابن حزم على محمد وقال: هذه أقوال مخالفة لأقوال العلماء، والقياس، والمعقول.

قيل في جوابه: هذا من غاية تَعَصُّبِهِ وسفاهته؛ لأن محمدًا قال ذلك بالاستدلال من حديث جابر، وجهه: أن الرأس لما كان خارج البحر فقط علم أن موته مضاف إلى آفة، وكذا إن كان أكثره غير الرأس خارج البحر علم أن موته مضاف إلى آفة، بأنه مات بآفة لا أنه مات بغير آفة كالطافي، فإنه مات حتف أنفه لا بآفة.

وأصله: الفرق بين الطافي وغيره؛ لأن المراد من الطافي هو الذي يموت في الماء حتف أنفه من غير سبب فيعلو؛ لأنه من طفا الشيء إذا علا.

وفي المغرب[1]: **الجِرِّيثُ**: نوع من السمك، والمارهيج نوع غير الجريث فكان ما ذكر في الكتاب، والمارماهي بتشديد الياء ينصرف عنه، وبالفارسية الجريث: (ما هي تاجوشن).

(والحجة عليه) أي: على مالك **(ما روينا)** وهو قوله: «**أُحِلَّتْ لَنا مَيْتَتَانِ**» ولا يقال: خص منه السمك إذا مات من غير آفة، فكذا الجراد بالقياس؛ لأنا خصصنا بالنص الوارد في الطافي؛ لأنه في معنى الطافي من كل وجه؛ لأنه عليه الصلاة والسلام قال في أول الحديث: «**ما نَضَبَ عنهُ الماءُ وما لَفَظَهُ فَكُلوا ومَا طَفَا لَا تأكُلُوا**»[2]، بخلاف الجراد؛ لأنه نوع آخر، فكان العمل بالجراد بصريح

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٧٩). (٢) تقدم تخريجه قريبًا.

وَسُئِلَ عَلِيٌّ ﷺ عَنْ الجَرَادِ يَأْخُذُهُ الرَّجُلُ مِن الأَرْضِ وَفِيهَا المَيِّتُ وَغَيْرُهُ فَقَالَ: كُلْهُ كُلَّهُ. وَهَذَا عُدَّ مِن فَصَاحَتِهِ، وَدَلَّ عَلَى إِبَاحَتِهِ وَإِنْ مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ، بِخِلَافِ السَّمَكِ إِذَا مَاتَ مِن غَيْرِ آفَةٍ، لِأَنَّا خَصَّصْنَاهُ بِالنَّصِّ الوَارِدِ فِي الطَّافِي، ثُمَّ الأَصْلُ فِي السَّمَكِ عِنْدَنَا أَنَّهُ إِذَا مَاتَ بِآفَةٍ يَحِلُّ كَالمَأْخُوذِ، وَإِذَا مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ مِن غَيْرِ آفَةٍ لَا يَحِلُّ كَالطَّافِي، وَتَنْسَحِبُ عَلَيْهِ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ بَيَّنَّاهَا فِي «كِفَايَةِ المُنْتَهِي». وَعِنْدَ التَّأَمُّلِ

نص ورد فيه أولى من العمل بقياس أو دلالة نص ورد في نوع آخر.

قوله: (كُلْهُ كُلَّهُ)، وفي رواية: (كلْه كُلَّه)، ولأن موته لا بد أن يكون بسبب، فإنه بحري الأصل بري المعاش، كما قيل: إن بيض السمك إذا انحسر عنه الماء يصير جرادًا، فإذا مات في البر فقد مات في غير موضع أصله، وإذا مات في الماء فقد مات في غير موضع معاشه، وذلك سبب لموته.

وروي أن مريم سألت لحمًا هنيًا فَرُزِقَتِ الجراد، وعمر ﷺ كان مولعًا بأكل الجراد.

قوله: (وينسحب عليه) أي: على هذا الأصل فروع كثيرة ذكرناها في كفاية المنتهى.

منها: أنه لو وجد سمكة في بطن سمكة أخرى ولم تتغير يحل أكله؛ لأنه مات لضيق المكان، وكذا لو جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها، وهو يقدر على أخذها بغير صيد فَمُتْنَ فيها؛ لأن سبب موتها ضيق المكان، وكذا لو ماتت في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها، أو أكل شيئًا ألقاه في الماء فماتت منه، وذلك معلوم، وكذا لو انجمد الماء فبقيت بين الجمد والماء.

أما لو ماتت بحرِّ الماء أو برده ففيه روايتان: ففي رواية تؤكل؛ لأن موتها بسبب الحر أو البرد الشديد، وفي رواية لا تؤكل؛ لأن الماء لا يقتل السمك حارًّا أو باردًا، وروى هشام عن محمد: لو انحسر الماء عن رأسه وبقي ذنبه في الماء فهذا سبب لموته فيؤكل، كذا في المبسوط[1].

بخلاف ما إذا كان رأسها أو أكثر في الماء فإنها لا تؤكل؛ لأن موتها بغير آفة، كذا في الإيضاح، وفي الذخيرة: لو وجدت في بطن الطافية تؤكل، وإن

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ٢٤٩).

يَقِفُ الْمُبَرِّزُ عَلَيْهَا: مِنهَا إِذَا قَطَعَ بَعْضَهَا فَمَاتَ يَحِلُّ أَكْلُ مَا أُبِينَ وَمَا بَقِيَ. لِأَنَّ مَوْتَهُ بِآفَةٍ وَمَا أُبِينَ مِن الحَيِّ وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا فَمَيْتَتُهُ حَلَالٌ. وَفِي المَوْتِ بِالحَرِّ وَالبَرْدِ رِوَايَتَانِ. وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

كانت الطافية لا تؤكل، ولو وجد في حوصلة طائر تؤكل، وعن الشافعي لا تؤكل؛ لأنه كالرجيع، ورجيع الطائر عنده نجس.

وقلنا: إنما يعتبر رجيعًا إذا تغير، وفي السمك الصغار التي تقلى من غير أن يشق جوفه، فقال أصحابه: لا يحل أكله؛ لأن رجيعه نجس، وعند سائر الأئمة: يحل.

وفي الكافي: لو ذبح شاة أو بقرة فتحركت بعد الذبح أو خرج منها دم يحل، وإن لم تتحرك ولم يخرج الدم لا يحل، وهذا إذا لم يُدْرَ حياته وقت الذبح، فإن علم حَلَّ.

[٢/ ٤١٤/أ] ولو ذبح المنخنقة، أو الموقوذة، أو المشقوقة البطن، أو المريضة وبها حياة حل في ظاهر المذهب؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة:٣]، ولا تفصيل في ظاهر الرواية.

وفي المحيط: وعليه الفتوى: وعن أبي حنيفة: إن كان بحال يعيش يومًا لولا الذكاة يحل، وإلا لا؛ لأنه إذا كان بحال يعيش سريعًا لا يدرى أنه مات من ذبحه أو بما أصابه، قد قيل: الشك في الحل.

وعن أبي يوسف إذا كان بحال يعيش أكثر اليوم لولا الذكاة يحل وإلا لا.

وفي المحيط: وذكر في البرامكة: ذبح شاة وقيذًا إن كان أكثر رأيه أنها حية أُكِلَتْ وإلّا لا.

وقيل: إن تحركت أَكَلَ خرجَ الدّمُ أو لا، وإن خرجَ الدَّمُ ولم تتحرك لا تؤكل.

فهرس المحتويات